DAS RECHTSVERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM VERMIETER UND DEM UNTERMIETER

NACH GEMEINEM RECHT UND DEM BÜRGERLICHEN GESETZBUCHE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

KURT PINCUS
REFERENDAR IN KÖNIGSBERG IN PR.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1909.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0089

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Die prinzipielle Stellung des Vermieters und des Untermieters zueinander nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche 1

§ 2. B. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach gemeinem Recht 5

I. Die Befugnis des Untermieters, seinen Mietzins mit befreiender Wirkung an den Vermieter zu zahlen.

§ 3. 1. Ableitung aus den Quellen 6

§ 4. 2. Rechtliche Natur 8

II. Das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters.

§ 5. 1. Ableitung aus den Quellen 16

§ 6. 2. Rechtliche Natur 28

§ 7. III. Die Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Untermieter 34

C. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 8. I. Allgemeines 38

§ 9. II. Die dinglichen Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Untermieter 41

III. Der obligatorische Herausgabeanspruch aus § 556 Abs. 3 BGB.

§ 10. 1. Rechtliche Natur 45

§ 11. 2. Tatbestand und Umfang des Anspruchs 53

§ 12. IV. Wirkung und Vollstreckbarkeit des gegen den Mieter ergangenen Räumungsurteils gegen den Untermieter . 57

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 4. Aufl. München 1861.

Arnold, Die Wohnungsmiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. München 1900.

Bähr, Zur Besitzlehre. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 26 S. 224.

Baron, Pandekten. Leipzig 1872.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 34 S. 1 ff.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Borcherdt, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche mit besonderer Berücksichtigung des allgem. Landrechts. Breslau 1899.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Leipzig 1882.

Brückner, Die Wohnungsmiete nach gemeinem Recht. Weimar 1877.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Busch, Zivilistische Erörterungen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 31.

de Cocceji, Samuelis Ius controversum civile. Francofurtii et Lipsiae 1713.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgemeine Lehren und Recht der Forderungen. 4. Aufl. Jena 1903.

Cretschmar, Die Lehre von der Untermiete nach gemeinem Rechte. Diss. Bonn 1879.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Degenkolb, Platzrecht und Miete. Berlin 1867.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1900/01.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. Leipzig 1860.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte. 2. Aufl. Heidelberg 1868.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 6. Aufl. Berlin 1895.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Halle 1900—1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1906.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. München 1906.

Förster, Theorie und Praxis des heutigen preußischen Privatrechts. 4. Aufl. Berlin 1880—1884.

Furlanetti, totius Latinitatis Lexicon. Bd. 6. Prati 1875.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 6. Aufl. Berlin 1892.
Friederici, Das neue Mietrecht. Leipzig 1900.
Fuhrmann, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters. Diss. Greifswald 1893.
Fuld, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 6. Aufl. Tübingen und Leipzig 1904.
Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des römischen Rechts. Greifswald 1831.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer, Bd. 1 S. 477—548. Jena 1898.
v. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten. Bd. 17, 18. Erlangen 1815/16.
Gmelin, Die Ordnung der Gläubiger. Stuttgart 1813.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. Göttingen 1843.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung gegen Dritte. Leipzig 1899.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hölder, Pandekten, allgemeine Lehren. Freiburg i. B. 1891.
Holtzendorff, Rechtslexikon. Bd. 1. 3. Aufl. Leipzig 1870.
Huberi praelectiones iuris civilis secundum Institutiones et Digesta Justiniani. Lipsiae 1707.
Huß, Über das Pfandrecht des Vermieters an den Invecta et Illata des Aftermieters. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 17 S. 413.
Jacobi, Miete und Pacht. Berlin 1889.
Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882.
Kranzbühler, Die Aftermiete. Diss. Gießen. Worms 1894.
Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.
Lauterbach, Collegium theoretico-practicum Pandectarum. Tubingae 1726.
Leyseri Meditatones ad Pandectas. Vol. VII. Leipzig 1743.
Meißner, Selbständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. Leipzig 1803/04.
Mevius, Iurisdictio summi tribunalis Regii Pars III. Stralsund 1665.
Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Berlin 1909.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte. 3. Aufl. Greifswald 1836.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Bd. 1. Berlin 1905.
Niendorff, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1907.
Nissen, Ein Beitrag zur Struktur der Ansprüche aus §§ 556 u. 604 BGB. In der Juristischen Wochenschrift 1903 S. 201—204.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Perez, praelectiones in duodecim libros Codicis. Amsterdami.
Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. 1. Halle 1873.
Petersen u. Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. Lahr 1901.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 2 u. 3. 3. Aufl. Berlin 1904, 1907.
Prieß, Das Recht der Untermiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Rostock. Langendreer 1904.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1898.
Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Bearbeitet von Schirmer. Leipzig 1877.
Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.
Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 2, die abgeleitete Schuld. Stuttgart 1902.
Rosin, Das Recht der Untermiete nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. Greifswald. Berlin 1901.
v. Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1851 u. 1853.
Schmid, Die Grundlehren der Zession. Braunschweig 1863.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1904.
Schubart, Die Untermiete nach Bürgerlichem Gesetzbuch und nach gemeinem Recht. Diss. Greifswald 1900.
Seuffert, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. München 1905.
Seuffert, Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1852.
Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer, Bd 5 S. 531 ff.
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868/69.
Sohm, Die Lehre vom subpignus. Rostock 1864.
Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. In der Festgabe der Juristenfakultät Halle zu Dernburgs 50 jährigem Doktorjubiläum. Halle 1900.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2 u. 3. 3/4. Aufl. München 1908.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1897.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. Berlin 1906.
Thibaut, System des Pandektenrechts. Jena 1846.
Trotsche, Das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers Güstrow 1834.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. Marburg-Leipzig 1876.
Walch, introductio in controversias iuris civilis. Leipzig 1799.
Weiske, Rechtslexikon. Bd. 7. Leipzig 1847.
Wendt, Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87 S. 40—76.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Zivilrechts. 5. Aufl. München 1837.
Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen römischen Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1770.
Willweber, Das Recht der Untermiete nach dem gemeinen Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen. Berlin 1901.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des bürgerlichen Rechts. Bearbeitet von Kipp. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miete. Halle 1866.

Abkürzungen.

Pand. = Lehrbücher der Pandekten.
B. R. = Lehrbücher des bürgerlichen Rechts.
BGB. = Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

A. Die prinzipielle Stellung des Vermieters und des Untermieters zueinander nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 1.

Untermiete ist ein Rechtsverhältnis, welches dadurch entsteht, daß ein Mieter die von ihm gemietete Sache an einen Dritten, den Untermieter, weiter vermietet, d. h. sich zur zeitweisen Gewährung des Gebrauchs der von ihm gemieteten Sache an den Untermieter gegen Entgelt verpflichtet.[1]) Durch den Abschluß des Untermietvertrages treten somit zwei Vertragsverhältnisse nebeneinander, deren Parteien einerseits der Vermieter (locator) und der Mieter (conductor), andererseits der Mieter, welcher hier als Untervermieter (sublocator) auftritt, und der Untermieter (subconductor) sind. Ihrem juristischen Wesen nach von gleicher Natur, stellen sie sich beide als reine obligatorische Mietverhältnisse dar, die, wenn auch nicht begrifflich voneinander unabhängig — der Untermietvertrag setzt als solcher einen schon bestehenden Mietvertrag voraus —, so doch in ihrer Begründung, ihrem Bestande und ihrer Rechtswirkung grundsätzlich völlige Selbständigkeit und Abgeschlossenheit gegeneinander zeigen. Sie begründen ihrer obligatorischen Natur gemäß lediglich für die an ihnen als Vertragsparteien jedesmal beteiligten Personen

[1]) Nicht berücksichtigt ist hierbei, daß nach gem. R. auch nutzbare Rechte, so der Nießbrauch, die Emphyteusis, Superfizies und Grunddienstbarkeiten, Objekt der Miete und somit auch der Untermiete sein können und ferner neben der locatio conductio rei auch die l. c. operarum und l. c. operis unter den gemeinsamen Begriff der locatio conductio subsumiert wurden. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 111 S. 303 ff.; derselbe, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 167 S. 466; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 399 Anm. 8 S. 452. Ob auch eine sublocatio operarum und operis für das gem. R. anzunehmen, ist bestritten. Vgl. hierüber Kranzbühler S. 34 ff. und die daselbst angeführte Literatur. Das BGB. scheidet Rechte als Gegenstand der Miete aus (vgl. § 535 in Verb. mit § 90), während es die l. c. operarum und operis zu den selbständigen Instituten des Dienst- und Werkvertrages erhoben hat.

Rechte und Verbindlichkeiten, insbesondere wird durch den Abschluß des Untermietvertrages kein Kontraktsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter begründet. Weder kann der Vermieter von dem Untermieter den Mietzins beanspruchen, noch kann sich dieser wegen der Gebrauchsgewährung an jenen halten.[1]) Prinzipiell kann nur durch die Person des Mieters der Vermieter den Untermieter „treffen".[2]) Er ist nicht in der Lage, den Untermietvertrag zu kündigen, sondern nur den Mietvertrag; ein vertragswidriger Gebrauch der Mietsache seitens des Untermieters stellt sich für ihn als ein Mißbrauch des Mieters dar und bietet ihm eine Handhabe zum Vorgehen allein gegen letzteren. Diese grundsätzlich unabhängige Stellung des Miet- zu dem Untermietvertrage, die für den Vermieter den Untermietvertrag, für den Untermieter den Mietvertrag als eine res inter alios acta erscheinen läßt, das gänzliche Fehlen eines vertraglichen Bandes zwischen dem Vermieter und Untermieter wird mehrfach von den römischrechtlichen Quellen zum Ausdruck gebracht.

So schreibt Labeo in der l. 58 pr. D. locati conducti (19,2):

> „Insulam uno pretio totam locasti et eam vendidisti ita, ut emptori mercedes inquilinorum accederent: quamvis eam conductor maiore pretio locaret, tamen id emptori accedit, quod tibi conductor debeat".

Hiernach sollte der Käufer eines Hauses, dem es nach dem Kaufvertrage vom Verkäufer verstattet war, den Mietzins, welchen die Mieter schuldeten, einzuziehen, nur Anspruch auf den von diesen geschuldeten Mietzins haben, da mit ihnen allein der Verkäufer als bisheriger Eigentümer und Vermieter in einem Vertragsverhältnis gestanden habe, nicht aber auf den höheren Mietzins, welchen die Untermieter den Mietern schuldeten. Dasselbe Prinzip betont neben den in l. 53 pr. D. de act. empti venditi (19,1) und l. 47 § 1 D. de iure fisci (49,14) niedergelegten Aussprüchen des Paulus auch Papinian (libro undecimo responsorum)[3]):

> „Qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, rei publicae non tenetur".

---

[1]) vgl. für das gem. R. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 400 Anm. 23; ferner Seufferts Arch. Bd. 3 S. 48, Bd. 20 S. 104; für das BGB. Endemann, B. R. Bd. 1 § 169, 2a S. 1057; Crome, B. R. Bd. 2 § 241, 1 S. 560; Niendorff § 34, 3a S. 235; Fuld S. 108, 109.

[2]) vgl. auch Mittelstein § 90, 1 S. 450. Treffend wird daher der Mieter von Tryphonin in l. 8 D. locati conducti (19, 2) als „medius" bezeichnet.

[3]) l. 53 D. locati conducti (19, 2).

Der vom Unterpächter (colonus) dem Pächter (manceps) bestellte Bürge ist nur diesem und nicht auch dem Staat als dem ersten Verpächter mangels einer obligatorischen Beziehung zwischen beiden verhaftet.

Diese nach der übereinstimmenden Regelung des gemeinen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs grundsätzlich unabhängige Stellung des Vermieters und des Untermieters zueinander wird dadurch nicht modifiziert, daß nach § 549 der Vermieter dem Mieter seine Erlaubnis erteilt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Untermieter zu überlassen. Denn ebensowenig wie mangels besonderer Vereinbarung die Wirksamkeit des Untermietvertrages von der Erlaubnis des Vermieters abhängt,[1]) vermag diese unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Untermieter, etwa einen Anspruch auf Gebrauchsgewährung, auf Zahlung des Mietzinses u. a. m., hervorzurufen. Die Erlaubnis des Vermieters zur Untervermietung hat allein Bedeutung für das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter, indem sie „lediglich der Gebrauchsüberlassung den Charakter eines vertragswidrigen Gebrauches nimmt".[2])

Allerdings können direkte obligatorische Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Untermieter dadurch geschaffen werden, daß der Vermieter dem Untermietvertrage beitritt. Denn hierdurch tritt er als neuer Vertragsgegner des Untermieters in den mit diesem geschlossenen Vertrag ein und ist nach Maßgabe einer näheren Vereinbarung dessen Wirkungen unterworfen, sei es, daß an ihn die Zahlung des Untermietzinses erfolgen soll, sei es, daß er für den Fall, daß das Untermietverhältnis das Mietverhältnis überdauert, an Stelle des Mieters den Untermietvertrag zu erfüllen hat.[3]) Der Parteiwille, dem überhaupt

---

[1]) Die Erlaubnis ist nicht als Zustimmung im Sinne der §§ 182ff. aufzufassen. A. M. Endemann, B. R. Bd. 2 § 169, 1d Anm. 18 S. 1056, der sie als in enger Verwandtschaft mit der Einwilligung stehend ansieht. Mit Recht wendet sich hiergegen Oertmann, Schuldverh. Erl. 3a zu § 549, der die Erlaubnis des Vermieters nicht als „eine Verzichtserklärung auf ein ihm gegenüber dem Mieter zustehendes Verbietungsrecht" (Endemann a. a. O.) betrachtet, sondern durch sie einen neuen, bisher nicht vorhandenen Rechtszustand für den Mieter begründen läßt.

[2]) Planck, BGB. Bd. 2 Erl. 2b zu § 549; vgl. auch den Abs. 2 des § 549: Überläßt der Mieter den Gebrauch einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat. Vgl. v. Staudinger, BGB. Bd. 2 Erl. 2, 1 zu § 549; ebenso Dernburg, B. R. Bd. 2, 2 § 221 Nr. 7 S. 201; Crome, B. R. Bd. 2 § 241 Nr. 2 S. 561; Fuld S. 108ff.; Niendorff § 34 S. 234.

[3]) Mittelstein § 91, 6 S. 460; Borcherdt § 44 S. 97; Fuld S. 111; Striethorsts Arch. Bd. 52 Nr. 1. Eine besondere Regelung des Bei-

auf dem Gebiete des Mietrechts eine besondere Rolle zufällt — man denke nur an die heute allgemein gebräuchlichen, von Hausbesitzerverbänden aufgestellten Kontraktsformulare[1]) — hat in dieser Beziehung wegen der fast durchgängig nachgiebigen Natur der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen freien Spielraum. Jedenfalls aber wird durch eine solche, auf Grund einer besonderen Vereinbarung erfolgte von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen Vermieter und Untermieter das oben erörterte Prinzip der Unabhängigkeit des Miet- und Untermietvertrages, wie es sich nach Maßgabe der Regelung des Gesetzes darstellt, nicht durchbrochen.

Dennoch gilt dieses Prinzip nicht uneingeschränkt. Denn an den Umstand, daß der Untermieter durch die an ihn erfolgte Gebrauchsüberlassung in tatsächlich nahe Beziehung zu derselben Sache tritt, welche der Vermieter an den Mieter vermietet hat, hat sowohl das gemeine Recht als auch das Bürgerliche Gesetzbuch Rechtsfolgen geknüpft, die auch die Personen des Vermieters und des Untermieters in direkte rechtliche Beziehungen zueinander treten lassen und die sich teilweise auf allgemeine Vorschriften, teilweise aber auch auf singuläre gesetzliche Bestimmungen, wie die l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione (13,7) des gemeinen Rechts und die Vorschrift des § 556 Abs. 3 BGB. gründen.

Die folgende Darstellung dieses zwischen dem Vermieter und dem Untermieter bestehenden Rechtsverhältnisses wird sich vornehmlich mit diesen speziellen Vorschriften als denjenigen, welche dem Rechtsverhältnis spezifisch eigentümlich sind, zu beschäftigen haben.

---

tritts, wie sie das ALR. Teil I Titel 21 § 322 aufweist, kennt das BGB. nicht, da eine Deduktion aus den allgemeinen Vorschriften zu gleichem Ergebnis führt.

[1]) vgl. das Mietvertragsformular des Zentralverbandes deutscher Hausbesitzervereine bei Brückner, Miete von Wohnungen S. 200ff.

B. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach gemeinem Recht.

§ 2.

Es entspräche der Unabhängigkeit des Miet- und Untermietvertrages voneinander und der sich hieraus ergebenden erörterten grundsätzlichen Stellung des Vermieters zum Untermieter, wenn einerseits der Untermieter allein durch Zahlung des Mietzinses an den Mieter diesem gegenüber seiner Vertragspflicht genügen könnte, andererseits lediglich dem Mieter an den eingebrachten Sachen des Untermieters zur Sicherung seiner Mietzinsforderung ein Pfandrecht gewährt wäre.

Diese Sätze, welche sich als natürliche Folgen des genannten Prinzips darstellen würden, werden jedoch durch zwei singuläre Bestimmungen des gemeinen Rechts durchbrochen:

1. Der Untermieter kann seinen Mietzins mit befreiender Wirkung auch an den Vermieter zahlen.

2. Dem Vermieter steht ein gesetzliches Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Untermieters zu.

Die Quellenstelle, aus welcher sich diese beiden Sondervorschriften ergeben, ist die l. 11 § 5 D. de pigneraticia actione (13, 7):

> Ulpianus libro vicesimo octavo ad edictum: Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis praeposito. unde si domum conduxeris et ejus partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri (nam Julianus scribit solvi ei posse): et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum, plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi: non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.

I. Die Befugnis des Untermieters, seinen Mietzins mit befreiender Wirkung an den Vermieter zu zahlen.

§ 3.

1. Ableitung aus den Quellen.

Der erste der beiden aus der l. 11 § 5 cit. abgeleitete Satz, daß der Untermieter von seiner Schuld gegen den Mieter auch durch Zahlung des Untermietzinses an den Vermieter frei werde, ist sowohl seiner Existenz als auch seiner rechtlichen Natur nach in der Literatur heiß umstritten.

Um auf den Text der Quellenstelle näher einzugehen, handelt hier Ulpian, wie sich aus dem Zusammenhange mit dem ihr Vorausgehenden ergibt, von den Voraussetzungen der actio pigneraticia und kommt, indem er als solche auch die Tilgung der dem Pfandrecht zugrunde liegenden Schuld erörtert, auf den Begriff der solutio des näheren zu sprechen. Er verneint in den ersten Worten die Notwendigkeit einer Zahlung an den Pfandgläubiger selbst und betont, daß die Pfandschuld auch dann getilgt werde, wenn der Schuldner an bestimmte Dritte zahle. Als erstes Beispiel hierfür erwähnt der Jurist die an einen Dritten unter Zustimmung des Gläubigers (voluntate eius) erfolgende Zahlung durch den Schuldner. Er führt dann drei weitere Fälle an, die man jedoch, mögen sie auch durch vel-vel untereinander verbunden sein, nicht als Beispiele für den Fall der an einen Dritten mit Zustimmung des Gläubigers erfolgenden Zahlung aufzufassen haben wird. Denn wenn auch die Leistung an den procurator und den servus pecuniis exigendis praepositus vielleicht in diesem Sinne verstanden werden könnte, so widerspricht doch dem die gleichzeitige Erwähnung einer Zahlung an denjenigen, cui heres extitit.[1]) Zum Schlusse führt der Jurist dann den Fall der sublocatio an und entscheidet, daß der Untermieter auch durch Entrichtung des Untermietzinses an den Vermieter sich von seiner Schuld gegenüber dem Mieter (Untervermieter) befreie und demgemäß gegen ihn die actio pigneraticia erhalte.

Nach der von Busch[2]) und Sohm[3]) vertretenen Ansicht stellt der Satz: „Unde si domum conduxeris, et eius partem

[1]) So richtig Kranzbühler S. 50.

[2]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 31 S. 12—20.

[3]) Lehre vom subpignus S. 73; ebenso auch Mühlenbruch, Lehre von der Zession der Forderungsrechte S. 320, an den sich auch Kranzbühler S. 51 anschließt.

mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneraticia adversus te potero experiri“ ein Beispiel für den ersten in der lex erwähnten Fall dar, daß nämlich durch eine voluntate creditoris erfolgte Zahlung des Schuldners an einen Dritten Solution erfolge. Die genannten Autoren bestreiten mit dieser Erklärung überhaupt die Existenz unseres ersten aus der lex cit. gefolgerten Rechtssatzes, indem sie aus ihr den Schluß ziehen, daß der Untermieter sich nur durch eine mit Einwilligung des Mieters erfolgte Zahlung des Mietzinses an den Vermieter von seiner Schuld gegen den Mieter liberiere.

Wie Busch[1]) ausführt, könne man dem mit unde beginnenden Satz, der als Folgerung aus dem vorhergehenden hingestellt sei, ohne mit diesem in Widerspruch zu geraten, gar keinen Sinn abgewinnen, wollte man ihn nicht dahin verstehen, daß ein Fall unterstellt worden sei, in dem der Untermieter mit Vorwissen seines Vermieters dem ersten Vermieter den Mietzins gezahlt habe. Seiner Ansicht ist jedoch nicht beizustimmen. Selbst zugegeben, der mit unde beginnende Satz müsse ein Beispiel zu dem Vorhergesagten enthalten,[2]) ist es noch nicht ersichtlich, weshalb er sich denn notwendig auf den Fall der Zahlung voluntate creditoris, auf welchen doch noch drei weitere Fälle folgen, zurückbeziehen muß. Der von Busch für den Fall der Annahme unserer Auffassung geleugnete Zusammenhang des mit unde beginnenden Satzes mit dem Vorhergehenden ist vielmehr völlig gewahrt, wenn man nur in Erwägung zieht, daß Ulpian allgemein Fälle erwähnt, in denen der Pfandschuldner durch Zahlung an einen anderen als den Gläubiger seine Schuld tilgt. Demgemäß wird dieser Satz weniger ein Beispiel zu den Worten „si alii sit soluta voluntate eius“ darstellen, als sich vielmehr an die Worte „solutam pecuniam accipiendum“ und „si alii sit soluta“ anschließen.[3]) Diese Auffassung wird durch die dann folgenden Worte „nam Julianus scribit, solvi ei posse“ bestätigt, in welchen Ulpian die Autorität des Julian zur Unterstützung der von ihm getroffenen Entscheidung heran-

---

[1]) a. a. O. S. 19.

[2]) Das Adverbium unde kann auch lediglich der Verbindung zweier Sätze dienen. Vgl. Furlanetti, totius Latinitatis Lexicon. Bd. 6 unter unde No. II S. 391; ebenso Willweber S. 41; vgl. auch die entsprechende Stelle der Basilika liber 25 Titel 1, 11 § 5.

[3]) vgl. die der l. c. sehr ähnliche l. 49 D. de solutionibus et liberationibus (46, 3), insbesondere die Worte: ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. tutori quoque si soluta sit pecunia vel curatori vel procuratori vel cuilibet successori vel servo actori, proficiet ei solutio (Marcian).

zieht. Folgt man hier Buschs Interpretation, so müßte diese Sentenz Julians, die dann zur Bekräftigung eines allgemein anerkannten Rechtssatzes, daß der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers wie an jeden Dritten so auch an den creditor creditoris zahlen könne,[1]) von Ulpian angeführt wäre, deplaziert erscheinen. Wenn Busch jedoch selbst diesen Ausspruch Julians, dessen „fragmentarische Kürze" er tadelt, zur Bestätigung seiner Auffassung anführt, indem er bemerkt, daß zu den Worten solvi ei posse die Ergänzung voluntate eius hinzugedacht werden müsse, so ist es nicht unbegründet, wenn Windscheid seine Interpretation „willkürlich" nennt.[2]) Ulpian spricht vielmehr, wie es auch die in Theorie[3]) und Praxis[4]) herrschende Ansicht ist, in seiner Entscheidung über eine von der Zustimmung des Mieters unabhängige Befugnis des Untermieters, sich durch Zahlung des Untermietzinses an den Vermieter gegenüber dem Mieter zu befreien.

§ 4.

2. Rechtliche Natur.

Zur rechtssystematischen Bestimmung dieser Zahlungsbefugnis des Untermieters gegenüber dem mit ihm in keinerlei Vertragsverhältnis stehenden Vermieter sind die mannigfachsten Versuche gemacht worden.

Nach der Meinung verschiedener älterer Juristen, wie Leyser[5]) und Mevius,[6]) die auch in Pandektisten jüngeren Alters, so

---

[1]) vgl. l. 64 D. de solut. et lib. (46, 3) (Paulus): Cum iussu meo id, quod mihi debes, solvis creditori meo, et tu a me et ego a creditore meo liberor und l. 180 D. de divers. reg. iur. (50, 17): Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. Vgl. Windscheid, Pand. § 342 Nr. 5 Anm. 28.

[2]) a. a. O. § 342 Anm. 42 S. 270.

[3]) vgl. Windscheid a. a. O.; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 307, 308; Glück, Erl. zu den Pand. Bd. 18 S. 56, 429; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 582 Anm. 1 S. 164; Puchta, Pand. Vorl. § 288 b S. 442; Sintenis, Zivilrecht Bd. 2 § 103 Nr. 75 S. 418; Meißner, Pfandrecht Bd. 1 § 64 S. 160; Weiske, Rechtslexikon Bd. 7 S. 793 Anm. 293; Eck bei Holtzendorff S. 51, 52; Seuffert, Pand. Bd. 2 § 237 Anm. 6 S. 27; Göschen, Vorlesungen § 444 S. 223; Cretschmar S. 16.

[4]) Seufferts Arch. Bd. 7 Nr. 15, wonach nur ein ausdrückliches Verbot des Mieters die Befugnis zur Zahlung an den Vermieter ausschließt.

[5]) Med. ad. Pand., spec. 528 med. 13: debitor creditori sui creditoris recte solvit, dummodo nomen huius liquidum sit et indibium. Ea solutio, quamvis invito creditore facta, valet.

[6]) Decis. P. III dec. 360 no. 3 S. 559.

Puchta,[1]) Arndts,[2]) Sintenis,[3]) Thibaut,[4]) Anhänger gefunden haben, bildet unser Rechtssatz keine für das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Untermieter charakteristische singuläre Bestimmung, vielmehr führen die genannten Schriftsteller ihn auf einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß der Schuldner stets durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers von seiner Schuld befreit werde, zurück.[5]) Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dieses Inhalts ist jedoch aus den Quellen nicht nachweisbar.

Als Hauptbelegstelle für ihre Ansicht wird neben unserer l. 11 § 5 D. 13, 7 die Entscheidung des Gaius (libro trigesimo ad edictum provinciale)[6]) angeführt: Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam quam soluturus erat, perderet exceptione doli mali creditor removebitur, idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat.

Gaius gewährt hier dem Schuldner, der an den Gläubiger seines Gläubigers gezahlt hat, gegenüber seinem eigenen Gläubiger, welcher trotz seiner Kenntnis hiervon gegen ihn Klage auf Zahlung erhebt, die exceptio doli mali. Hieraus eine dem Wesen der Obligation widersprechende allgemeine Befugnis des Schuldners zu folgern, an den Gläubiger seines Gläubigers mit befreiender Wirkung zu zahlen, dafür fehlt es an jedem berechtigten und die Annahme einer solchen Ausnahmebestimmung notwendig machenden Anhalt. Läßt sich doch der Ausspruch des Juristen „ohne Zwang“ [7]) dahin interpretieren, daß der Schuldner, der an den Gläubiger seines Gläubigers zahlt, als dessen negotiorum gestor angesehen werden und seinem gegen ihn auf Leistung klagenden Gläubiger einen Gegenanspruch aus der negotiorum gestio im Wege der Kompensation geltend machen könne. Da ferner bis auf Justinians Zeit die exceptio doli das Mittel war, wodurch die Kompensation vom Beklagten

---

[1]) a. a. O.

[2]) Pand. § 263d S. 430.

[3]) Zivilrecht Bd. 2 § 103 Note 75 S. 418.

[4]) Pand. § 578c S. 483; ebenso Göschen a. a. O.; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemeinen Zivilrechts § 245 S. 157.

[5]) Die Anhänger dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes sind jedoch hinsichtlich seines Inhalts in ihren Ansichten keineswegs übereinstimmend. Thibaut a. a. O. und Göschen a. a. O. verlangen, daß die Zahlung dem Gläubiger wirklich von Nutzen und für ihn mit keinem Nachteil verbunden sei, während Wening-Ingenheim a. a. O. nur verlangt, daß sie dem Gläubiger vollkommen zugute gekommen sei. Vgl. in dieser Beziehung auch die Ansicht von Sintenis a. a. O. und die Ausführungen von Busch im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 31 S. 14, 15.

[6]) l. 6 D. de doli mali et metus exceptione (44, 4).

[7]) Windscheid a. a. O.

gerichtlich geltend zu machen war,[1]) so sagt Gaius in der erwähnten lex m. E. nichts mehr und nichts weniger, als daß dieses Mittel hier dem Beklagten gegeben sei. Es tritt hier daher in Wahrheit nicht eine durch die Zahlung herbeigeführte direkte, unmittelbare Befreiung des Schuldners ein, sondern eine nur mittelbare, die im Wege der Kompensation erreicht wird.[2])

Außer auf die angeführten Digestenstellen beruft sich Sintenis[3]) zur Verteidigung der Meinung Leysers auf die l. 28 D. de solut. et liberat. (46, 3):

> Debitores solvendo ei, qui pro tutore negotia gerit, liberantur, si pecunia in rem pupilli pervenit,

in welcher Paulus (libro trigesimo octavo ad edictum) die Schuldner eines Mündels von ihrer Schuld für befreit erklärt, wenn sie an dessen Protutor zahlen und die gezahlte Summe in das Vermögen des Mündels gelangt, und auf die l. 34 § 9 eod.:

> si praedo quod a hereditarii debitoribus exegerat, petenti hereditatem restituerit, debitores liberabuntur,

wo Julian im 54. Buche seiner Digesten die Befreiung der Nachlaßschuldner für den Fall annimmt, daß der praedo dasjenige, was er von ihnen erhoben hatte, an den am Nachlaß Berechtigten herausgibt.

In beiden angeführten Stellen, in denen allerdings von einer Zahlung an den creditor creditoris die Rede ist, ist jedoch im Grunde nichts weiter gesagt, als daß der Schuldner auch dann seiner Schuld ledig werde, wenn er irrtümlich an einen anderen als den wahren Gläubiger, den protutor bezw. praedo, zahlt und dieser das Empfangene als vom Schuldner erhalten an den wahren Gläubiger herausgibt. Somit läßt sich auch aus diesen Quellenstellen, die mit dem Grundsatz: „in perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et nihil absit, nec quod solutum sit repetit possit, competit liberatio“[4]) übereinstimmen, eine Unterlage für ein allgemeines Prinzip, daß der Schuldner stets durch Zahlung an den creditor creditoris liberiert werde, und eine auf dieses zurückgeführte Begründung unseres Rechtssatzes nicht gewinnen.

---

[1]) vgl. § 301 de actionibus 4, 6: sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Vgl. hierzu Dernburg, Kompensation § 19 S. 168; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 618 Nr. 2 S. 352.

[2]) Windscheid a. a. O.; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 582 Anm. 1.

[3]) Zivilrecht Bd. 2 § 103 Anm. 75 S. 418.

[4]) l. 61 D. de solut. et lib. 46, 3 (Paulus); vgl. Cretschmar S. 21.

Des weiteren hat man ihn durch die Annahme zu erklären versucht, daß eine Zession des Anspruchs auf den Untermietzins seitens des Mieters an den Vermieter vorläge. Jedoch sind weder die Voraussetzungen noch die Wirkungen einer Zession in der lex cit. gegeben.

Gegen das Vorliegen einer auf dem Willen der Parteien beruhenden stillschweigenden Zession spricht das Fehlen irgend einer konkludenten Handlung, die den Zessionswillen des Zedenten zum Ausdruck brächte. Oder sollte etwa in dem Abschluß der sublocatio eine diesen Willen bezeugende Handlung zu erblicken sein? Auch das Vorliegen einer cessio iuris, d. h. die Annahme des Falls, daß der Mieter kraft gesetzlicher Bestimmung zur Übertragung seiner Untermietzinsforderung an den Vermieter verpflichtet sei, ist mangels Vorhandensein der hierzu notwendigen Voraussetzungen abzulehnen. Denn die herrschende Meinung erfordert auch bei einer cessio iuris Zessionshandlungen des Zedenten,[1]) von denen in der Entscheidung Ulpians keine Rede ist.

Ebensowenig wie die Voraussetzungen finden wir die Wirkungen einer Zession in unserer Stelle erwähnt. Den allgemeinen Grundsätzen gemäß macht die Zession den Zessionar zum Gläubiger an Stelle des Zedenten.[2]) Demnach müßte hier einerseits dem Vermieter ein Anspruch auf Zahlung des Untermietzinses gegen den Untermieter zustehen. Diese Folgerung steht jedoch mit dem Wortlaute der Stelle in Widerspruch, in welcher Ulpian nur von einem „solvi posse", nur von einer Befugnis des Untermieters, seinen Zins an den Vermieter zu zahlen, spricht.[3]) Andererseits aber wäre bei Vorliegen einer Zession allein dem Vermieter, nicht auch dem Mieter ein Anspruch auf den Untermietzins gegeben. Diese Konsequenz widerspricht ebenfalls unserer lex, die ausdrücklich bezeugt: si partem tibi (conductori) partem ei (locatori) solvero, tantundem erit dicendum.[4])

---

[1]) Die von Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 § 23 S. 263ff. und von Puchta, Pand. § 281d S. 428 vertretene Meinung, daß in allen Fällen, in denen ein Gläubiger zur Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes verpflichtet sei, diese ipso iure auf den Zessionar übergehe, ist nicht zutreffend. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 49 Anm. 6 S. 139; Vangerow, Pand. Bd. 3 § 574 S. 103; Mühlenbruch, Lehre von der Zession der Forderungsr. S. 470; vgl. auch die l. 9, 40 § 2 D. de adquir. v. am. poss. 41, 2.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 331 S. 234.

[3]) vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 308; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 400 Anm. 23.

[4]) Im Anschluß an diese Worte könnte man auch auf den Gedanken einer partiellen Zession kommen. Dem widerspricht aber der Umstand, daß dann

Die Annahme einer Zession läßt sich für unsern Fall demnach nicht rechtfertigen, zumal noch andere Digestenstellen sich finden, die mit einer solchen Erklärung in schroffem Widerspruch stehen. So bezeugt Papinian in der bereits früher zitierten l. 53 D. locati conducti (19, 2), daß der Bürge, der für die Verpflichtung eines colonus einem Staatspächter (manceps) gegenüber hafte, nicht auch dem Staate als Verpächter gegenüber für den Pachtzins aufzukommen habe. Läge hier eine Zession vor, so müßte die Forderung mit ihren Akzessorien auf den Staat, den Zessionar, übergehen, d. h. der Bürge müßte auch dem Staate verhaftet sein. Der Jurist lehnt diese Konsequenz jedoch ausdrücklich ab.[1])

Vangerow[2]) wendet sein aus der Interpretation der l. 6 D. de doli mali except. (44, 4) geschöpftes Resultat, daß nämlich dieser Stelle eine negotiorum gestio zugrunde liege und der Schuldner durch Aufrechnung mit einer ihm aus dieser erwachsenen Gegenforderung gegen seinen Gläubiger von seiner Schuld befreit würde, auch auf die vorliegende Stelle an und faßt auch die Zahlung des Untermieters an den Vermieter lediglich als negotiorum gestio auf, welche den Untermieter gegenüber dem auf Mietzins klagenden Mieter ope exceptione befreie. Hiergegen ist aber einzuwenden, daß Ulpian wohl kaum einen derartigen Fall, in welchem jemand durch Besorgung einer für ihn fremden Angelegenheit eine kompensable Forderung gegen seine Gläubiger erwirbt, im Zusammenhange mit Fällen erwähnt, in denen der Schuldner an einen Dritten voluntate creditoris, an den procurator des Gläubigers oder an den mit Einziehung der Gelder betrauten Sklaven Zahlung leistet.[3]) Ferner aber spricht gegen die Vangerowsche Auffassung, daß eine Geschäftsführung ohne Auftrag nur dann zulässig ist, wenn der dominus negotii an der Vornahme des Geschäfts verhindert ist und der gestor annehmen kann, daß die Führung des Geschäfts dem

---

auch der Vermieter ein Forderungsrecht, wenn auch nur auf einen Teil des Untermietzinses hätte, was Ulpian, wie oben gezeigt, direkt verneint. Auch zu der gekünstelten Auffassung, daß eine Zession ohne erfolgte Denunziation der l. cit. zugrunde liege, wodurch „ein Zwischenstadium eingetreten wäre, in welchem der Zedent (hier der Mieter), obwohl er nicht mehr Gläubiger wäre, dennoch dem Schuldner (hier dem Untermieter) gegenüber wie ein Gläubiger legitimiert sei“ (Dernburg, Pand. Bd. 2 § 48 S. 136), liegt mangels irgendeines auf eine Zession schließenden Umstandes ein Anhalt nicht vor. Ebenso Kranzbühler S. 47.

[1]) vgl. auch die Entsch. Labeos l. 53 D. de act. empt. vend. (19, 1) und hierzu Cretschmar S. 23.

[2]) a. a. O.; ebenso Weiske, Rechtslexikon Bd. 7 S. 793 Anm. 293; Sohm, Lehre vom subpignus S. 113 Anm. 1; Baron, Pand. § 226 S. 459.

[3]) vgl. Windscheid, Pand. Bd. 2 § 342 Anm. 42.

Willen und Interesse des dominus entspreche.[1]) Von einer derartigen Einschränkung der Zahlungsbefugnis spricht aber Ulpian mit keinem Wort.[2])

Als ein fernerer Konstruktionsversuch des fraglichen Rechtssatzes wird auch Windscheids[3]) Auffassung der Stelle angeführt[4]): „Der Aftermieter nimmt dem ersten Mieter gleichsam einen Teil der Miete ab und zahlt daher, indem er an den ersten Vermieter zahlt, an den rechten Mann". M. E. will jedoch Windscheid mit diesen Worten, in die er nicht ohne Grund das Wort „gleichsam" einflicht, weniger eine juristisch scharfe Begründung der Bestimmung als eine Betrachtung vom wirtschaftlichen Standpunkte aus geben. Darauf läßt die unbestimmte, nicht prägnante Fassung seiner Worte, die eine juristische Erklärung des Satzes vermissen läßt, schließen. Daß der Untermieter, wenn er an den Vermieter zahlt, seine Leistung an den rechten Mann richtet, erklärt noch nicht, weshalb dies der Fall ist.[5])

Nicht beizupflichten ist auch der Begründung Westphals,[6]) nach dessen Meinung der Untermieter, „weil er den ersten Vermieter als seinen eigenen Gläubiger anzusehen habe, ipso iure auch gegen seinen Untervermieter gedeckt sei". Geht doch hiermit Westphal von der falschen Voraussetzung eines obligatorischen Bandes zwischen Vermieter und Untermieter aus.

Rosin[7]) schließlich gelangt in Anlehnung an Windscheids Auffassung zu dem Ergebnis, daß seitens des Untermieters dem Mieter gegenüber eine bedingte Erfüllungsübernahme vorliege, den Mietzins zu der mit dem Untermietzinse übereinstimmenden Höhe an den Vermieter zu zahlen, und zwar dadurch bedingt, daß der Untermieter nicht an den Mieter selbst leiste. Dem läßt sich aber entgegenhalten, daß dann, wenn auch nicht der Vermieter, so doch der Mieter dem Untermieter gegenüber einen allerdings nur bedingten Anspruch auf Zahlung des Untermiet-

---

[1]) vgl. l. 1 D. de neg. gest. 3, 5, l. 5 D. de oblig. et act. 44, 7 und hierzu Dernburg, Pand. Bd. 2 § 122 S. 333ff.

[2]) Gleichfalls gegen Vangerows Ansicht läßt sich die betonte Stellung des solutam anführen, daß also von einer direkten durch Zahlung erfolgten solutio der Schuld im vorliegenden Fall die Rede ist, und nicht von einer Tilgung durch Kompensation mit einer im Wege der negotiorum gestio erworbenen Gegenforderung. Vgl. auch Schmid, Grundlehren der Zession S. 154 Note 63. Dagegen Sohm a. a. O. S. 113 Anm. 1.

[3]) a. a. O.

[4]) So von Willweber S. 43, 44.

[5]) vgl. Cretschmar S. 27; Kranzbühler S. 48, 49.

[6]) Versuch einer systematischen Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht § 102 S. 156.

[7]) Untermiete S. 62.

zinses an den Vermieter hätte. Auch hiergegen erhebt sich, wie bereits an früherer Stelle hervorgehoben, der Einwand, daß Ulpian immer nur von einer Befugnis des Untermieters, seiner Berechtigung zur Zahlung an den Vermieter handelt, nicht aber von einer Verpflichtung, nam Julianus scribit, solvi ei posse.

Vielmehr ist der aus der l. 11 § 5 D. 13, 7 abgeleitete Rechtssatz, daß sich der Untermieter durch Zahlung seines Mietzinses an den Vermieter von seiner Schuld gegen den Mieter liberieren kann, m. E. allein aus dem Pfandrechte zu begründen, das, wie später gezeigt werden wird, dem Vermieter an den eingebrachten Sachen des Untermieters zusteht.[1]) Wenn dem Vermieter dieses Pfandrecht vom Gesetze gewährt wurde, so mußte notwendigerweise auch dem Untermieter als Eigentümer der verhafteten Sachen die Möglichkeit gegeben werden, dieses Pfandrecht abzulösen. In diese Lage aber ist er dadurch versetzt, daß ihm die erwähnte Zahlungsbefugnis eingeräumt ist. Ihre Notwendigkeit bei Existenz des besagten Pfandrechts ergibt sich am leichtesten argumento e contrario.

Gesetzt den Fall, diese Befugnis des Untermieters bestände nicht, so wäre der Vermieter, falls von dem Mieter der Mietzins nicht zu erlangen wäre, auch bei dem besten Willen des Untermieters gezwungen, auf dem umständlichen Wege eines Kosten verursachenden und in der Mehrzahl der Fälle nicht allzu erfolgreichen zwangsweisen Verkaufs der von jenem eingebrachten Sachen Befriedigung zu suchen. Letzterer aber hätte dann immer für den Fall der Nichtbefriedigung des Vermieters durch den Mieter auch bei der größten Zahlungsbereitschaft den Verkauf seiner für ihn wertvollen und notwendigen Illaten zu befürchten. Zur Vermeidung einer so mißlichen Rechtslage und der Notwendigkeit eines für den Vermieter mit vielen Umständen und verhältnismäßig geringem Erfolge, für den Untermieter mit event. großer Schädigung verbundenen Pfandverkaufs der diesem gehörigen Sachen hat das gemeine Recht durch die singuläre Vorschrift des l. 11 § 5 D. 13, 7 für den Untermieter die Befugnis statuiert, den Mietzins mit befreiender Wirkung direkt an den Vermieter, mit dem er in keinem Vertragsverhältnis steht, zu zahlen.

Aus dieser Begründung unseres Rechtssatzes erhellt auch einiges über seinen näheren Inhalt.

Da das Pfandrecht des Vermieters an den Invekten und Illaten des Untermieters lediglich eine Sicherung seiner Forderung

[1]) vgl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 342 Nr. 6 S. 430; Baron, Pand. § 294 S. 206; ebenso auch Cretschmar S. 28ff.

auf Mietzins gegen den Mieter darstellt, so folgt hieraus, daß die fragliche Befugnis des Untermieters, da sie doch diesem nur die Möglichkeit einer Ablösung des Vermieterpfandrechts geben soll, mit der Forderung des Vermieters gegen den Mieter steht und fällt. Demgemäß wird der Untermieter nur insoweit von seiner Schuld gegen den Mieter befreit, als dieser dem Vermieter den Mietzins selbst noch schuldet.[1]) Der Fall, daß der Untermieter durch Zahlung an den Vermieter gänzlich von seiner Untermietzinsschuld befreit werde, setzt demnach eine Mietzinsforderung des Vermieters gegen den Mieter voraus, deren Betrag mindestens ebenso hoch ist als derjenige der Untermietzinsforderung. Ist jener höher als dieser, so wird selbstverständlich der Untermieter durch Zahlung an den Vermieter seiner Schuld an den Mieter gänzlich entledigt. Allerdings würde sich für diesen Fall diese Leistung dem Vermieter gegenüber als nur teilweise Tilgung seiner Forderung gegen den Mieter darstellen, zu deren Annahme er nach allgemeinen Grundsätzen nicht genötigt wäre.[2]) Man wird jedoch eine Durchbrechung dieses Prinzips durch die lex Ulpians annehmen müssen, um der Natur des aus ihr abgeleiteten Rechtssatzes als singulärer Vorschrift und ihrer Begründung aus dem erwähnten Pfandrechte gerecht zu werden, und auch für diesen Fall dem Untermieter die fragliche Befugnis zusprechen müssen. Bleibt der Betrag der Mietzinsforderung dagegen hinter dem der Untermietzinsforderung zurück, so wird sich der Untermieter durch Zahlung an den Vermieter nur in Höhe der Mietzinsforderung befreien können, während er den Restbetrag an den Mieter selbst zu zahlen gezwungen sein wird. Für diesen Fall hat er jedoch seitens des Mieters die Einrede, daß seine Zahlung eine Teilzahlung darstelle, nicht zu fürchten, vielmehr muß dieser, da ja die durch den Untermieter an den Vermieter erfolgte Zahlung als eine teilweise Tilgung der Schuld des Untermieters anzusehen ist, der Mieter also hierdurch als teilweise befriedigt zu betrachten ist, den Restbetrag annehmen.[3]) Diese Folgerung bestätigt Ulpian in seiner Entscheidung, wenn er sagt, et sie partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum.

---

[1]) vgl. Glück, Erl. zu den Pand. Bd. 18 S. 56; Eck bei Holtzendorff a. a. O.

[2]) vgl. l. 41 § 1 D. de usuris et fructibus (22, 1); Dernburg, Pand. Bd. 2 § 55 Nr. 1 Anm. 7; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 342 Nr. 2 Anm. 19 S. 266; Brinz, Pand. Bd. 2 S. 290 Anm. 31.

[3]) Ebenso Kranzbühler S. 54.

II. Das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters.

§ 5.

1. Ableitung aus den Quellen.

Die erörterte, sich aus der l. 11 § 5 cit. ergebende Bestimmung ist, wie ausgeführt, als ein dem Untermieter zur Ablösung des an seinen Illaten bestehenden Vermieterpfandrechts an die Hand gegebenes Mittel zu betrachten. Dieses Pfandrecht, dessen Existenz bisher vorausgesetzt wurde, ergibt sich aus der zweiten derselben Entscheidung Ulpians entnommenen Vorschrift, die, das Prinzip der in ihren Wirkungen unabhängigen Stellung der beiden Mietverträge zueinander durchbrechend, ebenfalls direkte Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Untermieter schafft.

Nicht minder als die zuvor behandelte Bestimmung bildet dieses Pfandrecht eine in der Literatur sehr umstrittene Frage.

Schon ältere Juristen, wie Perez,[1]) Gmelin,[2]) Walch,[3]) leugnen die Existenz dieses Pfandrechts.

Indem sie, wie z. B. Walch, auf die l. 11 § 5 D. 13, 7 entweder gar nicht eingehen oder kurzerhand in ihr nur ein dem Mieter an den Sachen des Untermieters zustehendes Pfandrecht erwähnt wissen wollen, gehen sie in erster Reihe von dem schon mehrfach hervorgehobenen Prinzip aus, daß grundsätzlich nur zwischen Mieter und Untermieter, nicht aber zwischen Vermieter und Untermieter durch Abschluß des Untermietvertrages Vertragsbeziehungen zur Entstehung gelangen. Mangels solcher könnten daher auch nicht die Invekten und Illaten des Untermieters dem Vermieter verpfändet sein.

So konstruiert Walch, wenn er sagt: quum primus locator particeps haud factus est conventionis, quam sublocator cum subconductore iniit, secundum naturam sublocationis: iste subconductor locatori nulla ratione est obligatus: quo vero posito, merito negare possumus, locatorem eius in conductoris bonis ius quoddam reale sibi tribuere posse.

Der Fehler seiner Beweisführung liegt auf der Hand: Unmöglich kann, wie es hier geschehen ist, mit einem allgemeinen

---

[1]) Praelectiones in duodecim libros Codicis Lovanii lib. 8 tit. 15 n. 3 p. 521.

[2]) Die Ordnung der Gläubiger Kap. 6 § 120.

[3]) Introductio in controversias iuris civilis sect. 2 cap. 5 § 13 p. 231.

Prinzip eine dieses Prinzip durchbrechende Ausnahmebestimmung bekämpft werden. Abgesehen hiervon läßt Walchs Argumentation, daß mangels obligatorischer Beziehung zwischen Vermieter und Untermieter jenem auch kein auf Grund eines entsprechenden Vertrages zur Entstehung gelangtes Pfandrecht an den Illaten des Untermieters gegeben sein könne, die Frage offen, ob ihm nicht ein solches Recht kraft Gesetzes zustehen könnte.

Von dieser grundsätzlichen Stellung des Vermieters und Untermieters zueinander ausgehend, gelangen die genannten Autoren zur Verneinung des aus der lex cit. von uns abgeleiteten zweiten Rechtssatzes. Indem sie so das Vorhandensein des fraglichen Pfandrechts im gemeinen Recht leugnen, führen sie zur Bestärkung ihrer Ansicht noch einige andere Quellenstellen an. So besonders den Ausspruch des Paulus (libro trigesimo quarto ad edictum) [1])

> Si colonus locaverit fundum res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset,

in welchem der Jurist hervorhebt, daß dem Verpächter allein die vom Unterpächter gezogenen Früchte des praedium rusticum, nicht aber dessen Invekten und Illaten für seine Pachtzinsforderung verpfändet seien. Diese Stelle spricht jedoch keineswegs für die angeführten Schriftsteller. Denn wie sollte dem Verpächter an den Illaten des Unterpächters ein Pfandrecht gegeben sein, wenn es ihm an den Illaten des Pächters selbst versagt ist.[2]) Bei einer so großen Verschiedenheit der Vorschriften über das Pfandrecht des Vermieters und dasjenige des Verpächters im gemeinen Recht ist aber eine Anwendung der für das eine Institut geschaffenen Bestimmungen auf das andere nicht ohne weiteres zulässig.

Derselbe Einwand ist gegen die von Walch weiter angeführte, schon mehrfach zitierte l. 53 D. locati conducti (19, 2) gegeben:

> Qui fideiussor extitit apud mancipem pro colono praediorum quae manceps ei colono locavit, rei publicae non tenetur sed fructus in eadem causa pignoris manent (Papinian).

---

[1]) l. 24 § 1 D. locati conducti (19, 2).

[2]) vgl. l. 4 pr. D. in quib. caus. pign. vel hyp. contrah. (20, 2) (Neratius) eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.

Denn auch hier ist nicht von der locatio conductio eines praedium urbanum, sondern eines praedium rusticum, also ebenfalls nicht von einem Miet- bezw. Untermiet-, sondern von einem Pacht- bezw. Unterpachtverhältnis die Rede. Abgesehen hiervon aber behandelt Papinian in dieser Stelle die Frage der obligatorischen Haftung eines Bürgen des Unterpächters gegenüber dem Verpächter und gelangt naturgemäß mangels eines obligatorischen Vertrages zwischen beiden zu negativem Resultat; ein dingliches Pfandrecht erwähnt der Jurist in seiner Entscheidung nicht.

Perez[1]) führt schließlich als Beleg für seine Ansicht noch die l. 53 D. de actionibus empti venditi (19, 1) an (Labeo libro primo pithanon):

> Si mercedem insulae accessuram esse emptori dictum est, quantum insula locata est tantum emptori praestetur. Immo si insulam totam uno nomine locaveris et in vendenda insula mercedem emptori cessuram dixeris: id accedit quod tibi totius insulae conductor debebit.

In dieser Stelle führt Labeo allerdings einen Ausspruch des Paulus an, daß der emptor, der an die Stelle des locator trete, keinen Anspruch gegen den sublocator auf Zahlung des Untermietzinses habe. Wenn Perez[2]) aber aus dem Fehlen eines Forderungsrechts des Vermieters gegen den Untermieter auf die Nichtexistenz eines jenem zustehenden Pfandrechts an den diesem gehörigen Illaten schließen zu müssen glaubt, so übersieht er hierbei die Möglichkeit, daß es sich in vorliegendem Falle um ein Pfandrecht handeln könne, welches nicht eine Schuld des Untermieters an den Vermieter, sondern eine fremde, nämlich die Mietzinsschuld des Mieters zu sichern bestimmt sei.

Diesen unser Pfandrecht verneinenden älteren Juristen haben sich auch jüngere Schriftsteller, unter denen besonders Trotsche[3]) und Huß[4]) zu erwähnen sind, angeschlossen, die jedoch in der Art ihrer Beweisführung nicht unerheblich von ihren Vorgängern abweichen. Wenn jene bei ihrer Argumentation auf die l. 24 § 1 D. 19, 2, l. 53 eod., l. 53 D. 19, 1 zurückgingen und im Wege mehr indirekter als direkter Beweisführung zu ihrem Resultate von der Nichtexistenz des Pfandrechts gelangten, stützen diese ihre Ansicht in erster Reihe und fast

---

[1]) a. a. O. S. 521.

[2]) a. a. O.: indeque colligitur non deberi domino pensionem secundi conductoris, quare nec tacitam hypothecam eius nomine.

[3]) Das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 25—34.

[4]) In der Zeitschr. für Zivilrecht und Prozeß Bd. 17 S. 413—425.

ausschließlich auf die l. 11 § 5 D. 13, 7, in welcher nach ihrer Meinung nur von einem Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters gesprochen werde.[1]) Ihnen sind nun viele Gegner[2]) erwachsen, die gerade in dieser Stelle unser Pfandrecht sowohl seiner Existenz wie seinem Inhalte nach direkt ausgesprochen finden. Diese so schwankende und zu den entgegengesetztesten Resultaten führende Interpretation ist auf die überaus knappe Fassung der lex cit. zurückzuführen, die einer Übersetzung und sich daran anschließenden Auslegung nicht geringe Schwierigkeiten bereitet.

Ulpian handelt, wie hier wiederholt werden mag, im ersten Teile seiner Entscheidung von den Voraussetzungen der actio pigneraticia, insbesondere der solutio. Als Beispiele hierfür führt er Fälle an, in welchen eine Tilgung der Schuld nicht durch Zahlung an den Gläubiger selbst, sondern durch Zahlung an bestimmte Dritte anzunehmen sei, und erwähnt als letzten dieser Fälle die durch den Untermieter an den Vermieter erfolgte Zahlung des Untermietzinses.

Wenn Ulpian dann fortfährt: plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi, daß nämlich die Invekten und Illaten des Untermieters höchstens auf den Betrag haften, den der Untermieter dem Mieter schulde, so liegt bereits hierin ein Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten, da nicht näher gesagt ist, wer der Pfandgläubiger sei. Huß und Trotsche[3]) ergänzen zu dem Wort „tenebuntur“ „tibi“ (sublocatori) und betrachten somit den Mieter (Untervermieter) als denjenigen, dem die Sachen des Untermieters verhaftet seien, während von der anderen Seite „locatori tuo“ (domino aedium) hinzugedacht wird, so daß sich ein Pfandrecht des Vermieters aus der Stelle ergibt. Der folgende Satz: „non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem frivola mea tenebuntur“ läßt eben dieselben Auslegungsmöglichkeiten zu. Auch hier erhebt sich die Frage, wem gegenüber die Haftung der Illaten des Untermieters stattfinde, ob also bei „tenebuntur“ „tibi“ (sublocatori) oder „locatori tuo“ zu ergänzen sei.[4]) Was endlich den Schlußsatz der lex

---

[1]) Die von Walch, Perez, Gmelin angeführten Stellen werden von Trotsche gar nicht erwähnt, während Huß (S. 416) das Zutreffende der von Glück (vgl. weiter unten) dagegen angeführten Gründe anerkennt.

[2]) vgl. die unten angeführten Schriftsteller.

[3]) a. a. O.

[4]) Hinsichtlich der an dem „convenisse“, dem präsumierten stillschweigenden Verpfändungsvertrage, beteiligten Kontrahenten besteht im

anlangt: „videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria", so wird er nicht mit Unrecht als „crux" der ganzen Stelle bezeichnet. Ulpian spricht von einer tacita conventio, nennt aber nur die eine der an ihr beteiligten Personen, den Vermieter (dominus aedium), ohne die andere Partei zu erwähnen. Huß und ebenso Trotsche nennen als solche den Mieter, während von der anderen Seite der Untermieter als zweiter Kontrahent aufgefaßt wird. Dementsprechend wird auch als zweite Vertragspartei der pactio sua propria (domini aedium) von jenen der Mieter, von diesen der Untermieter genannt. Wenn sonach Huß und Trotsche als Gegner des Pfandrechts den Schlußsatz unserer lex übersetzen: es scheine zwischen Vermieter und Mieter vereinbart zu sein, daß nicht der Vertrag des Mieters[1]) mit dem Untermieter dem Vermieter nützen solle, sondern sein eigener mit dem Mieter, sagt Ulpian nach der Meinung der Anhänger des Pfandrechts, daß die nur bis zur Höhe der Untermietschuld sich erstreckende Haftung der Illaten des Untermieters zwischen Vermieter und Untermieter stillschweigend vereinbart sei, so daß nicht der Vertrag des Mieters mit dem Untermieter dem Vermieter nütze, sondern sein eigener mit dem Untermieter. Nach jener Übersetzung enthält daher der ut-Satz mit finaler Bedeutung den Inhalt der tacita conventio, auf welchen durch „hoc" hingewiesen wird, während nach der zweiten Übersetzung das „ut" konsekutiven Sinn hat und „hoc" auf den vorangegangenen Satz: non enim credibile est etc., auf die Beschränkung der Haftung bis zur Höhe der Untermietschuld zurückweist.[2])

Wie aus diesen Erwägungen erhellt, ist sowohl die eine wie die andere Interpretation mit dem Wortlaut der lex Ulpians vereinbar, die Ausdrucksweise des römischen Juristen gestattet in der Tat zwei voneinander gänzlich abweichende, zu den

---

allgemeinen insofern Einigkeit, als man hierunter den Mieter und den Untermieter zu verstehen hat. A. M. nur Glück a. a. O., der den Vermieter und Untermieter als Vertragsparteien dieser tacita conventio, und Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Privatrechts Bd. 2 S. 250 Anm. 236, der den Vermieter und Mieter als Kontrahenten betrachtet. Vgl. auch die Ansicht Sohms, Lehre vom subpignus S. 98 und hierzu Fuhrmann S. 22.

[1]) Unzutreffend setzt hier Rosin S. 64 an die Stelle des Mieters den Vermieter.

[2]) vgl. hierzu Förster-Eccius a. a. O., der hervorhebt, daß gegen die erste Ansicht, welche dem „ut" finale Natur beilegt, die in denselben Satz gestellte Negation „non" (nicht „ne") spreche. Vgl. dazu Fuhrmann S. 23.

verschiedensten Resultaten gelangende, grammatisch richtige Erklärungen. Nicht so jedoch der innere Zusammenhang unserer Stelle, ihr Verhältnis zu dem Inhalte der gesamten l. 11 D. 13, 7, der m. E. nur für die Existenz eines dem Vermieter an den Illaten des Untermieters zustehenden Pfandrechts spricht.

Die Gegner unserer Ansicht deduzieren freilich auch aus dem Sinn der ganzen l. 11 cit. heraus das Gegenteil und kommen auch hierbei zu dem Ergebnis, daß es sich um gar keine singuläre Ausnahmebestimmung im vorliegenden Falle, sondern allein um das Pfandrecht des Mieters an den eingebrachten Sachen des Untermieters handle. In dieser Hinsicht führen sie zur Begründung hauptsächlich folgendes aus.

Die Hauptfrage, welche in der Stelle behandelt werde, sei die Aufhebung des dem Mieter an den Illaten des Untermieters zustehenden Pfandrechts und die hierauf sich gründende actio pigneraticia. Bei Anstellung dieser Klage kämen aber nur die beiden Personen des Schuldners, der gezahlt habe und klage, und des Gläubigers, welcher die Sachen nicht herausgeben wolle und deshalb beklagt werde, in Betracht. Es könne also auch hier, wo die Anstellung der actio pigneraticia seitens des subconductor gegen den sublocator behandelt werde, nur von den Rechten dieser beiden gesprochen sein.[1]) Aus diesem Grunde rechtfertige sich die Ergänzung „tibi“ (sublocatori) zu tenebuntur, nicht „locatori tuo“. Diese Folgerung steht jedoch im Widerspruch zu dem Wortlaut der lex. Denn ausdrücklich erwähnt Ulpian im zweiten Satze seiner Entscheidung den locator, an welchen der subconductor mit befreiender Wirkung für sich zahlen könne, führt ferner zur Bekräftigung dieses Satzes mit den Worten „nam Julianus scribit, solvi ei (locatori) posse“ das Zeugnis Julians an und sagt dann noch weiter, daß der subconductor seine Schuld gegenüber dem sublocator auch dadurch tilgen könne, daß er einen Teil des Zinses an diesen und den andern Teil an den locator zahle. Die Person des locator wird also von dem Juristen derartig betont, daß es nur natürlich ist, wenn man in den auf diese Ausführungen folgenden Sätzen von der Haftung der Illaten des Untermieters auch den Vermieter als Pfandgläubiger ansieht.[2])

Ferner stützt sich die Argumentation von Huß[3]) und Trotsche[4]) auf die Eingangsworte der lex, in denen „dem

---

[1]) vgl. Huß a. a. O. S. 420, 421.

[2]) vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 307; Sintenis, Pfandrecht S. 178 Anm.

[3]) Huß a. a. O.

[4]) Trotsche S. 28ff.

ersten Vermieter ein Pfandrecht direkt abgesprochen sei". Denn die Zahlung des Untermietzinses an den Vermieter werde als Beispiel dafür angeführt, daß eine vollgültige solutio anzunehmen sei, non solum, si ipsi cui obligata res est, soluta sit, sed et si alii, wozu Huß die Worte „cui non obligata res est" als selbstverständlich hinzufügt. Wenn dem dominus aber die Invekten und Illaten des Untermieters verpfändet sind, „ist dann jene Zahlung des subconductoris an einen anderen als den Pfandgläubiger geschehen", fragt Trotsche. Auch dem ist nicht beizupflichten. Wie bereits mehrfach betont, erwägt Ulpian am Anfange seiner lex die allgemeinen Voraussetzungen der actio pigneraticia, insbesondere die solutio. Er erachtet diese ohne besondere Rücksicht auf die Pfandklage nicht nur dann für vorhanden, wenn an den Gläubiger direkt, sondern auch, allerdings nur in bestimmten Fällen, an einen anderen gezahlt werde. Es kommt dem Juristen hierbei nicht mehr auf das Pfandrecht, sondern lediglich auf die solutio als dessen Voraussetzung an, deren verschiedenartige Gestaltungen er erwägt. Ob dieser „alius" auch ein Pfandrecht besitze oder nicht, will Ulpian hier gar nicht entscheiden.

Unzutreffend führt auch Trotsche aus, daß die Worte „solvi ei posse, et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum", in denen dem Untermieter die Zahlung an den dominus freigestellt sei, und zwar in der Art, daß er beliebig den einen Teil seiner Schuld an diesen, den anderen an den Mieter zahlen dürfe, „nur dann einer gehörigen Erklärung fähig seien und mit dem Geiste des Rechts übereinstimmten",[1]) wenn man dem dominus ein Pfandrecht an den Illaten des Untermieters versage. Denn bei Existenz dieses Rechts würde der Jurist letzteren zur Befreiung seiner Illaten allein an den dominus verwiesen und an ihn zu zahlen für verpflichtet erklärt haben. Trotsche verkennt hierbei, daß es sich hier um ein Pfandrecht zur Sicherung einer fremden Verbindlichkeit, nämlich einer Schuld des Mieters handelt, und daß der Eigentümer einer für eine fremde Schuld verpfändeten Sache dem Pfandgläubiger nicht notwendig auch persönlich obligiert sein muß.[2])

Es ist vielmehr der herrschenden Ansicht[3]) beizupflichten, wenn sie in der besprochenen lex cit. ein dem Vermieter an

---

[1]) Trotsche a. a. O. S. 31 Nr. 3.

[2]) vgl. l. 5 § 52 D. de pign. et hypoth. (20, 1); Dernburg, Pand. Bd. 1 § 266, 2b S. 263; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 225 Nr. 1.

[3]) Von älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern, welche die Existenz des Pfandrechts annehmen, sind zu nennen Huber, Praelectiones iur.

den eingebrachten Sachen des Untermieters zustehendes Pfandrecht ausgesprochen findet. Abgesehen von der Haltlosigkeit der gegnerischen Beweisführung sprechen hierfür gewichtige Gründe.

An der Stelle unserer lex, an welcher Ulpian die Person des locator ausdrücklich in den „Kreis seiner Betrachtung" zieht,[1]) macht er mit den Worten „plane in eam dumtaxat etc.", wie es wegen des nahen Zusammenhanges durchaus gerechtfertigt erscheint und überhaupt in den Quellen nichts Seltenes ist, eine Abschweifung auf das zwischen dem ersten Vermieter und dem Untermieter bestehende Rechtsverhältnis.[2]) Und zwar behandelt er nun nicht etwa die Frage, ob dem Vermieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters zustehe oder nicht; vielmehr muß auf dessen Existenz mit Notwendigkeit deswegen geschlossen werden, weil sie eine selbstverständliche Voraussetzung für die weiteren Erwägungen Ulpians bildet.[3]) Unter der Voraussetzung dieses Pfandrechts erwägt er, wie weit es sich auf die Illaten des Untermieters erstrecke, ob nur bis zur Höhe des Untermietzinses oder auch bis zu derjenigen des Mietzinses, falls dieser mehr betrage, und kommt zu der Entscheidung, daß die Illaten dem Vermieter höchstens auf den Betrag, den der Untermieter dem Mieter schulde, haften könnten. Überflüssig und der akzessorischen Natur des Pfandrechts widersprechend müßten diese Worte Ulpians erscheinen, wenn man sie, wie es bei Huß und Trotsche geschieht, auf das Pfandrecht des Mieters an den Illaten des Untermieters bezöge. Mit Recht bildeten sie dann, wie Glück[4]) es ausspricht, eine ganz vergebliche Erinnerung des großen Ulpian. Ebenso willkürlich wäre aber auch der

---

lib. 19 tit. 2, 20 p. 479; Cocceji, ius civile controversum lib. 20 tit. 2 qu. 16; Lauterbach, Collegium theoretico-practicum Pand. lib. 20 tit. 2, 111. Unter den jüngeren gemeinrechtlichen Juristen sind Vertreter des Pfandrechts Glück, Erl. d. Pand. Bd. 18 S. 428ff.; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 231, 1 Anm. 5; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 306ff.; Vangerow, Pand. Bd. 1 § 76 Anm. 1a S. 850; Arndts, Pand. § 373 Anm. 3b S. 590; Puchta, Pand. § 201 Nr. 4 S. 308; Baron, Pand. § 190 Nr. 2, 1 S. 378; Thibaut, Pand. Bd. 1 § 336 S. 280; Sintenis, Pfandrecht S. 294; Meißner, Pfandrecht Bd. 1 S. 159ff.; Eck bei Holtzendorff S. 51, 52; Westphal, Pfandrecht § 103 S. 156; Gesterding, Pfandrecht S. 98; Mühlenbruch, Zession der Forderungsrechte § 27 S. 123, vgl. besonders Anm. 167; s. auch die Praxis in Seufferts Arch. Bd. 9 Nr. 81, Bd. 39 Nr. 81, Bd. 51 Nr. 103.

[1]) vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 307.

[2]) vgl. Sintenis, Pfandrecht S. 179.

[3]) vgl. Glück, Erl. zu den Pand. Bd. 18 S. 431.

[4]) a. a. O. S. 432.

folgende Satz: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. Man kann hier nur Dernburg[1]) beipflichten, welcher, da doch eine über den Betrag der Forderung hinausgehende Verpfändung den Parteien unmöglich und von selbst nichtig wäre, eine besondere Hervorhebung dieser Begrenzung höchst auffallend und die Begründung derselben durch den vermutlichen Willen der Parteien verwirrend, ja absurd nennt.[2]) Eine Bestätigung unserer Auffassung enthält auch der Schlußsatz der lex (videtur autem etc.), in welchem Ulpian das Pfandrecht auf die Annahme eines zwischen dem dominus aedium und dem zu ergänzenden subconductor bestehenden stillschweigenden Vertrages zurückführt, so daß dem Vermieter nicht der Vertrag des Mieters mit dem Untermieter, d. h. dessen Pfandrecht, sondern sein eigener Vertrag mit letzterem, d. h. sein eigenes Pfandrecht, nütze. Wenn allerdings Glück[3]) auf dem Standpunkt steht, daß zwischen dem Eigentümer des Hauses und dem Untermieter dadurch, daß dieser seine Sachen in den Teil des Hauses, welchen ihm der erste Mietmann in Aftermiete gegeben habe, eingebracht, und der Eigentümer dieses Einbringen ohne Widerspruch habe geschehen lassen, eine stillschweigende Übereinkunft getroffen sei, nach welcher ihm dessen Illaten verpfändet sein sollten, so möchte ich ihm hierin nicht folgen. Glück sieht den Abschluß der tacita conventio in den konkludenten Handlungen des Inferierens seitens des Untermieters und des Inferierenlassens seitens des Vermieters. Indessen stellt diese am Schlusse der Stelle von Ulpian erwähnte tacita conventio de pignore lediglich eine reine Fiktion dar, die sich aus der Geschichte der Einführung unseres Pfandrechts leicht erklärt. Es darf nicht übersehen werden, daß diese conventio nur eine Form für „eine legislatorische Neuerung, die eine systematische Anknüpfung an das ältere Illatenpfandrecht vermitteln sollte", darstellt.[4]) Daß der römische Jurist hierzu gerade diese Form erwählte, kann nicht wundernehmen, zumal doch auch das Legalpfandrecht, welches dem Vermieter an den Illaten des Mieters zusteht, in An-

[1]) Pfandrecht a. a. O.

[2]) Ähnlich äußert sich Glück a. a. O. S. 433: „Wäre nicht ganz abgeschmackt und lächerlich der beigefügte Grund, es sei nicht zu vermuten, daß der zweite Mietmann seinen Hausrat für die ganze Hausmiete habe verpfänden wollen, wenn hier bloß von einem Pfandrechte des ersten Mietmannes als Aftervermieters die Rede wäre, weil ja dieser vernünftigerweise nicht mehr von seinem Mietmanne verlangen kann als den ihm versprochenen Mietzins".

[3]) a. a. O.

[4]) Dernburg, Pfandrecht S. 305, 306.

knüpfung an die erste Zeit seiner Entstehung, in der dem Vermieter jedesmal durch besonderen Vertrag die Mobilien des Mieters zum Pfand gegeben wurden, als auf einer tacita conventio beruhend, als hypotheca tacita bezeichnet wird.[1])

Die Einwände, welche die Gegner des Pfandrechts gegen diese zur Verteidigung der oben angeführten Auffassung besonders von Glück[2]) angestellten Erwägungen erhoben haben, lassen sich ohne Schwierigkeiten zurückweisen.

So bemerken Huß und Gmelin,[3]) daß für den Fall des Vorliegens einer tacita conventio zwischen Vermieter und Untermieter äußere Umstände vorhanden sein müßten, die den Abschluß einer solchen Pfandkonvention wahrscheinlich machten. Bei Fehlen solcher konkludenten Handlungen aber sei eine solche conventio und das darauf zurückgeführte Pfandrecht abzulehnen.

Wie soeben ausgeführt, stellt sich jedoch dieses Pfandrecht als ein gesetzliches, vom Parteiwillen gänzlich unabhängiges Recht dar, das nur von den Juristen mit dem Gewande eines rein fingierten, d. h. in Wirklichkeit nicht vorhandenen stillschweigenden Vertrages zwischen Pfandgläubiger und -schuldner umgeben ist. Nur von der falschen Voraussetzung ausgehend,[4]) daß „Fiktionen in der Regel das Natürliche suppeditieren", konnten die genannten Schriftsteller zu ihrem Schlusse kommen. In Wahrheit schreibt durch eine Fiktion das Recht vor, „eine Tatsache soll diejenige Wirkung haben, welche vorhanden sein würde, wenn etwas wäre, was nicht ist, oder etwas nicht wäre, was ist".[5])

Des weiteren macht Huß[6]) den Einwand, es widerspreche direkt dem Prinzip der Unteilbarkeit des Pfandrechts, wenn Glück die Illaten des subconductor für die Schuld des conductor, und zwar nur bis zum Betrage des Untermietzinses haften lasse. Wenn, so erwägt er, die Forderung des locator das Prinzipale sei, so müßten nach dem dem Pfandrechte innewohnenden Prinzip, daß es nämlich die ganze Schuld mit sämtlichen Akzessorien zu sichern bestimmt sei, die Illaten des Unter-

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. § 36 S. 295ff.

[2]) Erl. zu den Pand. Bd. 18 S. 430—437; dagegen Huß und Trotsche a. a. O.

[3]) a. a. O.; ebenso auch Kranzbühler S. 78.

[4]) Huß a. a. O. S. 417.

[5]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 67, bes. Anm. 5; s. auch über die Bedeutung juristischer Fiktionen Hölder, Pand. § 18 Anm. 2 S. 96 sowie derselbe im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 69 S. 221ff.

[6]) a. a. O. S. 418; ebenso auch Kranzbühler S. 80.

mieters dem Vermieter für seine ganze Forderung auf Mietzins gegen den Mieter haften. Huß verkennt hier jedoch den Grundsatz der Unteilbarkeit des Pfandrechts. Dieser besagt nicht mehr und nicht weniger, als daß das Pfand dem Gläubiger dafür Sicherheit gewähren solle, daß er die Schuld, für die es bestellt sei, nicht nur zum Teil, sondern ganz erhalte und es demnach so lange verhaftet bleibe, als bis die ganze Schuld beglichen sei. Dem widerspricht es nun in keiner Weise, wenn, wie hier, das Pfandrecht für einen Teil der Mietzinsforderung, und zwar bis zur Höhe des Untermietzinses, dem Vermieter Sicherheit gewähren soll, wofern man sich nur darüber klar ist, daß dieses Pfandrecht von vornherein durch das Gesetz nur für den mit dem Untermietzinse konkurrenten Teil der Mietzinsforderung als selbständige Obligation bestellt ist. Daß ein Pfandrecht aber auch zur Sicherung eines Teils einer Forderung bestellt werden kann, ist nach den Quellen nicht zweifelhaft.[1])

Schließlich sucht Huß den ihm von Glück mit Recht gemachten Vorwurf, daß doch nach seiner Auffassung die ausdrückliche Hervorhebung der auf den Betrag der Untermietzinsforderung beschränkten Haftung der Illaten des Untermieters selbstverständlich und überflüssig sein müsse, dadurch zurückzuweisen, daß er ausführt, Ulpian habe für die Feststellung, wann die actio pigneraticia begründet sei, auch alle möglichen Einwendungen des sublocator berücksichtigen wollen und schneide insbesondere diesem als Beklagtem die Einrede, daß die universa pensio noch nicht gezahlt sei, ausdrücklich ab. Man wird jedoch nicht Bedenken tragen können, gegenüber dieser gekünstelten Erklärung der Worte Ulpians der sich in den Rahmen der ganzen lex leicht einfügenden Glückschen Interpretation den Vorzug zu geben.

Der somit aus der Entscheidung Ulpians sich ergebende zweite Rechtssatz, daß der Vermieter ein Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Untermieters zur Sicherung seiner Mietzinsforderung, jedoch nur höchstens bis zum Betrage des Untermietzinses habe, findet noch in anderen Digestenstellen, wenn auch nur indirekt, argumento e contrario seine Bestätigung. So möge hier mit Glück[2]) die l. 5 D. ex quibus causis (20, 2) (Marcian):

---

[1]) vgl. l. 11 § 3 D. de pign. act. 13, 7; l. 5 § 1 D. in quib. caus. 20, 2; dazu l. 9 D. de fideiuss. et mand. 46, 1; l. 5 D. de pign. et hyp. 20, 1; Meißner, Pfandrecht Bd. 1 S. 65; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 277 Anm. 1 S. 281.

[2]) a. a. O. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 306.

> Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse,

sowie die von Walch und Gmelin[1]) zum Beweise des Gegenteils, der Nichtxistenz des Pfandrechts, herangezogene l. 24 § 1 D. locati conducti (19, 2) (Paulus):

> si colonus locaverit fundum res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset

angeführt werden.

Beide Stellen würden etwas Selbstverständliches, eine „ungemeine Trivialität“ [2]) enthalten, wollte man dem Vermieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermieters absprechen. Nach Huß sagt allerdings die erstgenannte Entscheidung lediglich, daß die Sachen des Dritten, der die Mietwohnung unentgeltlich bewohne, deswegen nicht dem ersten Vermieter hafteten, weil dieser mit dem „tertius“ nicht kontrahiert habe und die tacita conventio sich nach der Regel: tertio non contrahitur obligatio nicht auf den tertius, sondern nur auf den dominus, den locator, erstrecke. Marcian hätte damit jedoch eine Frage aufgeworfen, der jede Berechtigung abzusprechen wäre, wollte man nicht dem Vermieter für den gegenteiligen Fall der entgeltlichen Wohnungsgewährung seitens des Mieters, insbesondere der Untervermietung an den Illaten des letzteren ein Pfandrecht zusprechen. Ebenso erhält die des weiteren angeführte Bemerkung des Paulus erst durch den Gegensatz, in dem die Untermiete eines Grundstücks zur Unterpacht hinsichtlich des Pfandrechts steht, ihre rechte Pointe.[3])

Das Ergebnis der bisherigen Betrachtung, die durch die l. 11 § 5 D. 13, 7 erwiesene Existenz des Vermieterpfandrechts an den Illaten des Untermieters, entspricht auch allein den rechtlichen und wirtschaftlichen Mietverhältnissen im alten Rom. Denn es darf nicht vergessen werden, daß nach dem Prinzip des römischen Rechts: „Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliud convenit“ [4]) der Mieter, ohne an die Zustimmung des Vermieters gebunden zu sein, die Wohnung ganz oder zum Teil an einen Untermieter weiterzuvermieten berechtigt war. Von diesem Rechte wurde in der Praxis der

---

[1]) a. a. O.
[2]) Dernburg a. a. O.
[3]) Dernburg a. a. O.
[4]) l. 6 C. de locato (4, 65).

weitgehendste Gebrauch gemacht, so daß es fast die Regel war, daß einzelne Personen ganze Stockwerke und Häuser mieteten, ohne sie selbst zu beziehen, sondern aus dem Weitervermieten an andere ein Gewerbe machten.[1]) Für diese Fälle, in denen mehr oder weniger der „Hausrat des Untermieters die Wohnung füllte", wäre eine lediglich durch ein Pfandrecht an den Illaten des Mieters bewirkte Sicherung des Vermieters stark beeinträchtigt, wenn nicht ganz vereitelt.[2]) Was würde der von Huß[3]) vorgeschlagene Ausweg besagen, die Befugnis zur Untervermietung dem Mieter gegenüber vertraglich auszuschließen. Denn eine trotz dieses Verbots durch ihn erfolgte Gebrauchsüberlassung der Mietsache an den Untermieter hätte ihn wohl gegenüber dem Vermieter zum Schadensersatz verpflichtet, die dingliche Sicherung des Vermieters durch ein Pfandrecht an seinen Illaten wäre jedoch illusorisch, abgesehen davon, daß doch unmöglich dem Vermieter aus der zu seiner Sicherheit geschaffenen gesetzlichen Regelung des fraglichen Pfandrechts Nachteile und Gefahren erwachsen konnten, die er nur mit Hilfe von besonderen Verträgen beseitigen konnte.[4]) Solche dem Vermieter drohenden wirtschaftlichen Nachteile hat die römische Jurisprudenz durch Statuierung des ihm an den eingebrachten Sachen des Untermieters in Höhe des Untermietzinses zustehenden Pfandrechts abgewendet.

§ 6.

2. Rechtliche Natur.

Sowohl in der gemeinrechtlichen Theorie wie Praxis, die die Existenz dieses Pfandrechts annehmen, herrscht über seine rechtliche Natur große Uneinigkeit. In der Hauptsache stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber: Die eine, als deren Ver-

---

[1]) Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 305; derselbe, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 171 Nr. 1 S. 481: „Die römischen Vermieter waren zum großen Teil Großkapitalisten, welche gewohnt waren, ihre Grundstücke zum Aftervermieten an Unternehmer zu vermieten. Vgl. ferner Pernice, Labeo Bd. 1 S. 467, bes. Anm. 48: „daher locare per aversionem"; Sintenis, Pfandrecht S. 178 Anm. 1.

[2]) Unzutreffend ist Huß' Ansicht (S. 418), daß bei Bestehen des fraglichen Pfandrechts durch die Sublozierung des Teils eines Hauses der erste locator einen ungebührlichen zufälligen Vorteil erlangte, da doch hinsichtlich des dem Untermieter überlassenen Teiles des Hauses dessen Illaten in jedem Falle an Stelle derjenigen des Mieters traten.

[3]) a. a. O.

[4]) Ebenso Fuhrmann S. 33.

treter Dernburg,[1]) Glück,[2]) Sintenis,[3]) Seuffert,[4]) Meißner,[5]) Mühlenbruch,[6]) zu nennen sind, faßt es als ein direktes Sachpfandrecht an den Invekten und Illaten des Untermieters auf, so daß an diesen zwei Pfandrechte nebeneinander bestehen, dasjenige des Mieters für die Forderung auf den Untermietzins und dasjenige des Vermieters für seine Forderung auf den mit diesem konkurrierenden Teil des Mietzinses. Die andere Ansicht, die von Sohm,[7]) Vangerow,[8]) Puchta,[9]) Baron,[10]) Weiske,[11]) Schmidt[12]) vertreten wird, erblickt in dem Pfandrecht ein Afterpfandrecht (subpignus).[13])

An diese Streitfrage hat sich eine um so lebhaftere Kontroverse geknüpft, als über die juristische Struktur des Afterpfandrechts in der Literatur keineswegs Einigkeit herrscht. Während Dernburg[14]) in der Afterverpfändung eine Verpfändung der Forderung des ersten Gläubigers mit dem zu ihrer Sicherung bestellten Pfandrecht sieht, versteht Sohm[15]) darunter „ein Pfandrecht an einem Pfandrecht, nicht an dem dem Afterverpfänder verpfändeten Objekt, nicht zugleich ein Pfandrecht an der Forderung, für die das verpfändete Pfandrecht bestellt war".[16]) Eine nähere Erörterung dieser Streitfrage würde den Rahmen dieser Abhandlung überschreiten. Nimmt man aber mit Dernburg und der herrschenden Lehre[17]) an, daß bei der

---

[1]) Pfandrecht Bd. 1 S. 308.
[2]) a. a. O. S. 428 ff.
[3]) Pfandrecht S. 294.
[4]) Pand. Bd. 1 § 201 S. 285.
[5]) Pfandrecht S. 160.
[6]) Lehre von der Zession der Forderungsr. S. 321; ebenso auch Trotsche a. a. O.
[7]) Lehre vom subpignus S. 75, 76.
[8]) Pand. Bd. 1 § 376 Anm. 1a S. 850.
[9]) Pand. § 201 Nr. 4.
[10]) Pand. § 190 Nr. 2, 1 S. 378.
[11]) Rechtslexikon Bd. 7 S. 794.
[12]) Grundlehren der Zession S. 140 ff.; ebenso auch Brückner.
[13]) Viele Schriftsteller erwähnen auch das Pfandrecht ohne nähere Bestimmung seiner rechtlichen Natur; so Windscheid, Pand. Bd. 1 § 231 Anm. 5; Thibaut, Pand. Bd. 1 § 336 S. 280; Arndts, Pand. § 373 Anm. 3a S. 590 u. a. m.
[14]) Pfandrecht Bd. 1 § 61 S. 478.
[15]) a. a. O.
[16]) Eine dritte Ansicht vertritt Hepp im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 15 S. 79—88, nach welchem die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder ex contractu pignerato verpfändet wird; vgl. Dernburg a. a. O. Anm. 6.
[17]) vgl. hierzu Dernburg, Pand. Bd. 1 § 293; derselbe, Pfandrecht Bd. 1 S. 478; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 239 Anm. 13, 14 und die dort angeführte Literatur.

Bestellung eines Afterpfandrechts auch die Forderung des Afterverpfänders an den ersten Pfandschuldner mitverpfändet werde, daß also unter einem subpignus sowohl ein pignus pignoris als auch ein pignus nominis zu begreifen sei, so wird man m. E. in dem Pfandrecht des Vermieters an den Sachen des Untermieters ein Afterpfandrecht nicht erblicken können. Denn mehrere Umstände sprechen hiergegen.

Bei Annahme eines Afterpfandrechts müßte nämlich nach dem soeben Ausgeführten dem Vermieter nicht nur das Pfandrecht des Mieters an den Illaten des Untermieters, sondern auch dessen Forderung auf Mietzins gegen den Untermieter verpfändet sein. Daß der Vermieter aber die persönliche Forderung des Mieters gegen den Untermieter nicht hat, geht, wie bereits früher erörtert,[1]) aus der l. 11 § 5 D. 13, 7 (nam Julianus scribit solvi ei posse) wie auch aus der l. 53 pr. D. 19, 1; l. 58 pr. D. h. t. und l. 53 D. 19, 2 zur Genüge hervor.[2])

Auch der Schlußsatz unserer Stelle (videtur autem tacite etc.) widerspricht der Auffassung unseres Pfandrechts als eines subpignus. Denn dieses entsteht, wie auch Sohm[3]) ausführlich darstellt, durch Vertrag des Pfandgläubigers als Verpfänders und des Afterpfandgläubigers, hier also des Mieters und des Vermieters, während doch Ulpian nach dem oben in Übereinstimmung mit Sohm Erörterten in den Schlußworten seiner lex von einer pactio zwischen dem Untermieter und dem Vermieter spricht, so daß hier das subpignus auf einen Vertrag zwischen dem ersten Verpfänder (Pfandschuldner) und Afterpfandgläubiger zurückgeführt würde.

Diesen Einwand, den Sohm selbst gegen seine eigenen Ausführungen erhebt, sucht er dadurch zu widerlegen, daß er, wie er des näheren darlegt, das Hauptgewicht auf die Rechtssätze legt, welche die l. 11 § 5 cit. enthalte, und nach denen das Pfandrecht des dominus in jeder Hinsicht von dem des Aftervermieters abhängig sei. Mit diesen Rechtssätzen scheine allerdings die eigene theoretische Begründung Ulpians in Widerspruch zu stehen, da diese das gesetzliche Pfandrecht des dominus auf einen stillschweigenden Vertrag zwischen ihm und dem Untermieter zurückführe. Auf jeden Fall müsse im Falle des Widerspruchs die theoretische Begründung mit ihren Konsequenzen den auf ein Afterpfandrecht hinweisenden Rechtssätzen nachstehen. Jedoch sei sie, wenn auch nicht schlagend, so doch

---

[1]) vgl. S. 11.
[2]) Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 303.
[3]) a. a. O. S. 100 ff.

nicht gerade unrichtig. Denn das Afterpfandrecht ergreife mittelbar das Objekt des verpfändeten Pfandrechts. Der natürlichen Anschauung nach trete der Afterpfandgläubiger dem Objekt des ersten Pfandrechts gerade so gegenüber, wie wenn ihm dieses selbst verpfändet wäre: er könne die Sache verkaufen und mit der actio hypothecaria unmittelbar Klage auf ihren Besitz erheben. So habe auch hier der dominus geeigneten-falls das Recht, die Invekten und Illaten des Untermieters zu verkaufen, resp. mit der actio hypothecaria zu verfolgen, aber nur gemäß den in der lex cit. ausgesprochenen Rechtssätzen auf Grund eines ihm zustehenden Afterpfandrechts. Diese dem dominus zustehenden Rechte auf eine zwischen ihm und dem Aftermieter vor sich gegangene Willenseinigung zu gründen, habe Ulpian deswegen für nötig erachtet, „damit diese dem dominus gegenüber dem Untermieter zustehenden Rechte auch in einem an ihn selbst mit letzterem geschlossenen Vertrage ihre Basis fänden".[1])

Dieser Erklärung möchte ich mich jedoch nicht anschließen.[2]) Denn m. E. würde die Anschauung unseres Pfandrechts als eines subpignus und der Schlußsatz von Ulpians Entscheidung einen nicht zu beseitigenden Widerspruch aufweisen. Es ist hier zu wiederholen, daß der Jurist in systematischer Anknüpfung an das ältere dem Vermieter an den Mobilien des Untermieters zustehende Pfandrecht auch unser Pfandrecht auf eine aus legislatorischen Gründen gerechtfertigte fingierte tacita conventio zurückführt. Handelte es sich um ein subpignus, so wäre gar nicht einzusehen, warum nicht Ulpian bei Erklärung dieses Instituts als Parteien der tacita conventio entsprechend dem Wesen des Afterpfandrechts den Mieter als ersten Pfandgläubiger und Afterverpfänder einerseits und den Vermieter als Afterpfandgläubiger andererseits benannt hätte. Wenn dementgegen aber Ulpian ausdrücklich hervorhebt, ut non pactio coenacularii proficiat domino sed sua propria, daß also die Pfandkonvention zwischen dem Untermieter als Verpfänder und dem Vermieter als Pfandgläubiger geschlossen sei, so können seine Worte unmöglich die Konstruktion dieses Pfandrechts als eines subpignus rechtfertigen.

Wenn ferner Sohm ausführt, daß im Falle eines Widerspruchs die theoretische Begründung Ulpians mit dem Inhalt der tatsächlichen Gestaltung des Pfandrechts jene zurückstehen müsse, so wäre dies um so mißlicher, als der Inhalt des Pfand-

---

[1]) vgl. Sohm a. a. O.
[2]) Ebenso Kranzbühler a. a. O. S. 86.

rechts allein auf die von Ulpian herrührende, in l. 11 § 5 cit. enthaltene Entscheidung zurückgeführt werden kann, da außer der angeführten keine andere Quellenstelle direkt von diesem Pfandrecht spricht.

Auf befriedigende Weise erledigt sich diese Kontroverse allein, wenn man sowohl die Sätze, welche den Inhalt des Pfandrechts, als auch diejenigen, welche seine Konstruktion betreffen, einheitlich auffaßt. Dann wird es keinem Zweifel unterliegen können, daß Ulpian das Pfandrecht als ein dem Vermieter an den Mobilien des Untermieters zustehendes direktes Sachpfandrecht hinstellt. Dies geht aus den Schlußworten der Digestenstelle zur Genüge hervor, in der er erklärt, daß „dem Hausherrn nicht das Pfandrecht des ersten Mieters, sondern der eigene präsumierte Pfandvertrag mit dem Untermieter zugute komme".

Allerdings möchte ich hier Dernburg[1]) nicht folgen, der in strenger Konsequenz seiner Konstruktion des Pfandrechts als eines direkten Sachpfandrechts zu dem Ergebnis einer „sehr eigentümlichen, vielfach übersehenen Gestalt" dieses Instituts gelangt. Er führt nämlich aus: „Zahlt der Aftermieter an den Hausherrn, so wird er sich regelmäßig von beiden Pfandrechten liberieren; die Zahlung an den sublocator hingegen befreit seine Mobilien noch nicht von der Hypothek des Hausherrn, solange dessen Forderung an den ersten Mieter besteht. Der Aftermieter wird daher erst dann an seinen Vermieter mit Sicherheit Zahlung leisten können, wenn dieser etwa durch Vorlegen von Quittungen nachweist, daß der Hausherr bereits befriedigt ist". Diese Konsequenz dürfte allerdings geeignet sein, für den Untermieter, der an seinen Untervermieter zahlt, zu „ungerechtfertigten Härten und mißlichen Verwicklungen"[2]) zu führen, abgesehen davon, daß sie doch mit dem Wortlaut unserer lex, in welcher von einem „solvi posse" dem Vermieter gegenüber und von einer partiellen Zahlung des Untermietzinses an den Vermieter und den Mieter gesprochen wird, in Widerspruch steht. Vielmehr kann der Untermieter im allgemeinen ohne Zweifel auch an den Mieter mit liberierender Wirkung zahlen. Aber für den Fall, daß der Vermieter mangels Befriedigung durch den Mieter von seinem Pfandrecht an den Illaten des Untermieters Gebrauch zu machen droht, wird es nur in dessen Interesse liegen, an den Vermieter direkt zu zahlen und seine Sachen dadurch vom Pfandrecht zu befreien, anstatt ihm durch Zahlung

[1]) a. a. O. S. 308.
[2]) Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 405 (§ 521).

an den Mieter darzulegen, daß er seine Schuld beglichen und somit seine Sachen vom Pfandrecht befreit hat. Der Untermieter wird aber dem Wortlaute der lex zufolge das an seinen Illaten bestehende Vermieterpfandrecht auch durch Zahlung an den Mieter zum Erlöschen bringen, sofern nicht — und diese Einschränkung erfordert die Billigkeit und die Sicherung des Vermieters — diese Zahlung gegen eine ausdrückliche Anzeige von diesem erfolgt.[1])

Das fragliche Pfandrecht wird demgemäß als ein direktes, aber von der Existenz und dem Betrage der Untermietzinsforderung abhängiges Sachpfandrecht an den Illaten des Untermieters aufzufassen sein. Mit dieser Anschauung läßt sich sehr wohl der Umstand vereinbaren, daß dieses Recht mit dem Untergange des dem Mieter an den Mobilien des Untermieters zustehenden Pfandrechts gleichfalls erlischt, und daß der Vermieter bei Geltendmachung seines Rechts die Grenzen des dem Mieter zustehenden Pfandrechts nicht überschreiten darf. Auf diesem Wege gelangt man zu dem Ergebnis einer gesetzlichen Regelung, die den Interessen sowohl des Untermieters als auch des Vermieters dient und für jenen weder „ungerechtfertigte Härten“ noch für diesen eine unzureichende Sicherung seiner Ansprüche auf den Mietzins mit sich im Gefolge führt.

Um noch in Kürze auf das Rangverhältnis der beiden an den Illaten des Untermieters gleichzeitig bestehenden Pfandrechte des Vermieters und des Mieters einzugehen, so würde nach den allgemeinen Regeln, da beide Rechte im Augenblick der Illation, also gleichzeitig existent werden, nach dem Grundsatz: in pari causa melior est possidentis der Besitzer den Vorrang haben, anderenfalls eine Teilung eintreten müßte.[2]) Im Interesse der Sicherung des Vermieters wird man jedoch der gesamten Regelung des Instituts entsprechend dem Pfandrecht des Vermieters den Vorrang einräumen müssen. Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man mit Dernburg[3]) annimmt, daß der „Untervermieter von vornherein in den Vorrang der Legalhypothek des Hausherrn für Kollisionsfälle gewilligt habe“.

---

[1]) Ebenso Cretschmar S. 39; Sintenis, Pfandrecht S. 180 Anm.; Weiske, Rechtslexikon Bd. 7 S. 794.

[2]) vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 § 149 S. 406; ebenso Meisner a. a. O.; Westphal, Pfandrecht § 153 S. 221 ff.

[3]) Pfandrecht Bd. 2 S. 308.

III. Die Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Untermieter.

§ 7.

Aus dem bisher des öfteren betonten Prinzip der Unabhängigkeit und Selbständigkeit des Miet- und des Untermietvertrages ergibt sich auch die Natur der Ansprüche des Vermieters gegen den Untermieter auf Herausgabe der Mietsache. Wenn der Vermieter nach Beendigung der Mietzeit die Mietsache von seinem Mieter mit der actio locati zurückverlangen kann, so wird er gegenüber dem Untermieter mit dieser Kontraktsklage nicht durchdringen. Denn die actio locati als eine aus dem Mietvertrage entspringende Klage ist nur für und gegen die an diesem Vertrage Beteiligten von Wirksamkeit. Für den Untermieter aber, der außerhalb der direkten Geltungssphäre dieses Vertrages steht, resultieren Rechte und Pflichten nur aus dem Untermietvertrage,[1]) nicht aus dem zwischen Vermieter und Mieter geschlossenen Mietvertrage. Aus seinem Kontrakte heraus könnte der Vermieter nur durch Vermittlung des Mieters zur Wiedererlangung seiner Mietsache gelangen, indem er sich die Klage des Mieters gegen den Untermieter zedieren ließe oder mit seiner Vertragsklage (actio locati) den Mieter dazu zwänge, seinerseits mit der Klage aus dem Untermietvertrage den Untermieter zur Rückgabe zu veranlassen. Dieser Umweg würde aber dem Vermieter nur in den Fällen, in welchen der Mieter selbst die Mietsache zurückfordern könnte, zum Ziele verhelfen, nicht aber dann, wenn dieser die Mietsache ganz oder zum Teil über die Dauer des Mietvertrages hinaus weitervermietet hat. Besonders in diesem Fall kann es für den Vermieter von der höchsten Wichtigkeit sein, unter Auslassung des Mieters einen unmittelbaren Herausgabeanspruch gegen den Untermieter zu besitzen. Nach dem Ausgeführten können kontraktliche Mittel hierzu ihm nicht an die Hand gegeben sein, sondern nach Maßgabe seiner dinglichen Stellung zu der Mietsache werden ihm die petitorischen oder possessorischen Klagen einen Ausweg bringen.

Als dingliche, petitorische Klage wird ihm unter der Voraussetzung, daß er Eigentümer der Mietsache ist, die Eigen-

[1]) Eck bei Holtzendorff S. 51, 52; Göschen, Vorlesungen über das gem. Zivilrecht § 117 S. 394, 395.

tumsklage, rei vindicatio, gegen den Untermieter gegeben sein. Ist dieser auch nur Detentor, so besitzt er dennoch die Passivlegitimation, denn auf seiten des Beklagten ist hier juristischer Besitz nicht erforderlich. Auch die Inhaber in fremden Namen, Depositare, Mandatare, ebenso auch Mieter und Untermieter, können wie Besitzer verklagt werden, welche durch sie vertreten sind; „denn der Eigentümer muß imstande sein, jeden zu überwinden, der sich in Widerstreit mit seinem Recht setzt und die Fähigkeit der Restitution hat".[1])

Gegen diese Klage stehen dem Untermieter Einwendungen aus dem Mietvertrage, aus dem Recht des Mieters, von welchem er sein Recht ableitet, nicht zu.[2]) Im klassischen römischen Recht waren solche nicht einmal dem Mieter, seinem Vormanne, gegeben, weder um sich den ihm vertragsmäßig zugesicherten Gebrauch zu erhalten, noch wegen einer Entschädigung für kontraktwidrige Räumung oder seiner Verwendungen auf die Sache. Um wie viel weniger konnte diese somit der Untermieter haben.[3]) Die gemeinrechtliche Praxis, welche diese fast prekaristische Stellung des Mieters beseitigte und dem Vermieter die Befugnis absprach, auf Grund seines dinglichen Rechts den Mieter vor Beendigung der Mietzeit willkürlich zu entsetzen, vielmehr gegen ein solches Verfahren des Vermieters dem Mieter Einwendungen aus dem Mietvertrage, z. B. Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfrist, angemessene Zeit zur Räumung usw. gewährte,[4]) änderte jedoch an der mißlichen Lage des Untermieters nichts. Denn für diesen stellten sich die dem Mieter zustehenden Einwendungen als Einreden aus dem Rechte eines Dritten dar, auf welche er sich nach dem Grundsatz: exceptio ex iure tertii non

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 225 S. 136 Anm. 14, l. 9 D. de rei vind. 6, 1, wo der Jurist Pegasus als Vertreter einer Gegenansicht genannt wird.

[2]) vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 § 196 Nr. 3, besonders auch die ausführliche Behandlung dieser Frage durch Vangerow, Pand. Bd. 1 § 332 Anm. 3 S. 646.

[3]) Diese für uns heute harte Zurücksetzung des Mieters gegenüber dem Vermieter erklärt sich aus den wirtschaftlichen Verhältnissen im alten Rom, wo nur „tenuiores", „untergeordnete Leute, Freigelassene, Dichter und Klienten" zur Miete wohnten. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 466ff.; vgl. auch l. 25 § 1 D. 41, 2, in welcher Pomponius den Mieter fast dem Sklaven gleichstellt; s. ebenso Ziebarth, Realexekution und Obligation S. 16ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 111 Nr. 4 S. 307/08; Jacobi, Miete und Pacht; Bähr in Jherings Jahrb. Bd. 26 S. 224.

[4]) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 400 Anm. 7 S. 455 und die dort Zitierten; Dernburg a. a. O.; Mühlenbruch, Zession S. 279 Anm. 75; Sintenis, Pand. Bd. 2 § 118 Anm. 117; Ziebarth a. a. O. S. 140ff.

datur[1]) nicht stützen kann. All diese Erwägungen beziehen sich allerdings nur auf den Fall, daß das Untermietverhältnis das Mietverhältnis nicht überdauert. Hat jedoch der Mieter über die Dauer seiner Berechtigung hinaus die Mietsache weitervermietet, und verlangt der Vermieter nach Beendigung der Mietzeit die Sache vom Untermieter mit der rei vindicatio zurück, so erhellt hier ohne weiteres, daß in diesem Falle von Einwendungen des Untermieters keine Rede sein kann.

Wenn somit die rei vindicatio den Vermieter stets zum Ziele führen dürfte, so ist nicht zu verkennen, daß ihre Durchführung wegen des ihm als Kläger zur Last fallenden Eigentumsnachweises oft großen Schwierigkeiten begegnet, abgesehen davon, daß ihm nicht immer das Eigentumsrecht an der Mietsache zustehen wird.

Es ist daher für ihn von Wichtigkeit, daß ihm neben petitorischen auch possessorische Rechtsmittel an die Hand gegeben sind, um die Herausgabe der Mietsache vom Untermieter erzwingen zu können. Als juristischem Besitzer stehen ihm, wie bereits oben gesagt, Mieter und Untermieter als bloße Detentoren gegenüber, sie sind nur „Stellvertreter fremden Besitzes", alieno nomine possident".[2]) Danach kann der Vermieter mit dem interdictum uti possidetis vom Untermieter Herausgabe des Mietgegenstandes verlangen. Auch gegenüber dieser Besitzklage kann der Untermieter aus dem Rechte seines Untervermieters keine Einwendungen herleiten, da das in dieser Hinsicht bei der rei vindicatio Gesagte auch hier Geltung hat. Verweigert der Untermieter die Rückgabe der Mietsache, widersetzt er sich also dem fremden Besitzwillen, dem er bisher diente, so verwandelt sich seine Detention in eigenen juristischen, wenn auch vitiösen Besitz. Wenn sonach vorher das interdictum retinendae possessionis ihm als juristischen Besitzer gegeben war, stehen ihm jetzt als entsetzten Besitzer die interdicta recuperandae possessionis, insbesondere das interdictum unde vi, an dessen Stelle

---

[1]) vgl. die ausführliche Abhandlung von Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten, in der Festgabe der Juristenfakultät Halle-Wittenberg zu Dernburgs 50jährigem Doktorjubiläum S. 97ff.

[2]) vgl. l. 9, l. 18 pr. D. de adquir. vel amitt. poss. 41, 2: alienae possessioni praestat ministerium. Ziebarth a. a. O. S. 16; vgl. auch Jacobi a. a. O. S. 21: „Ob sich die Sache in den Händen eines Sklaven befindet, der den Besitzwillen nicht haben kann, oder in den Händen eines Mieters, der den Besitzwillen nicht haben darf, ist in den Augen der Römer gleichgültig". So die l. 25 § 1 D. 41, 2: (Pomponius) nec inter colonum et servum nostrum, per quos possessionem retinemus, quidquam interest.

später infolge des kanonischen Rechts die Spolienklage trat, gegen den Untermieter zur Seite.[1])

Wenn Schubart[2]) ausführt, daß nach der l. 1 C. unde vi 8, 4 der Vermieter den Untermieter als invasor possessionis alienae im Zeitpunkte der Weigerung, die Mietwohnung zu räumen, im Wege der Selbsthilfe gewaltsam exmittieren könne, so möchte ich dem widersprechen. Allerdings gilt der Untermieter, welcher rechtswidrig die Rückgabe der Mietsache verweigert, als invasor possessionis im Sinne des römischen Rechts. Aber da er „Realbesitzer" ist, dem allein der Schutz des Besitzes durch Selbsthilfe gegeben ist, so kann der Vermieter ihn nicht eigenmächtig entsetzen, sondern ist auf die erwähnten possessorischen Rechtsmittel angewiesen.[3]) Jede Anwendung von Selbsthilfe gegen den die Räumung verweigernden Untermieter wird daher unzulässig sein und den Vermieter Entschädigungsansprüchen seitens des Untermieters aussetzen.[4])

---

[1]) vgl. Glück, Erl. zu den Pand. Bd. 17 S. 500 l. 12, l. 18 D. de vi 43, 16.

[2]) Untermiete S. 43 Anm. 13.

[3]) vgl. Bähr in Jherings Jahrb. Bd. 14 n. F. S. 306, 307; Glück a. a. O. S. 390; Degenkolb in der Krit. VSchr. Bd. 9 S. 150.

[4]) vgl. RG. Bd. 9 S. 58, welches auch bei nur mittelbaren Zwangshandlungen des Vermieters, z. B. Aushängen von Fenstern und Türen, Nötigung für vorliegend erachtet; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 125 Anm. 3 S. 289.

C. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Untermieter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 8.

I. Allgemeines.

Im Bürgerlichen Gesetzbuche finden wir die gemeinrechtliche Bestimmung, daß der Untermieter seinen Mietzins mit befreiender Wirkung für sich an den Vermieter zu zahlen berechtigt ist, nicht wieder. Regelmäßig wird es aber für ihn von hohem Interesse sein, daß der Vermieter den ihm vom Mieter geschuldeten Mietzins erhalte, weil dieser andernfalls, wenn nämlich der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung seines Mietzinses im Verzuge ist, gemäß § 554 BGB. ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen und danach, wie weiter unten gezeigt werden wird, die Herausgabe der Sache vom Untermieter verlangen kann (§ 556 Abs. 3 BGB.).[1])

Hier kommen ihm die allgemeinen Vorschriften zu Hilfe. Der § 267 BGB. bestimmt:

> „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht".

Danach kann der Untermieter nur wie jeder unbeteiligte Dritte seinen Mietzins für den Mieter an den Vermieter zahlen. Dieser ist zur Annahme verpflichtet, es sei denn, daß der Mieter widerspricht oder der Betrag des Untermietzinses niedriger als derjenige des Mietzinses ist, da in diesem Falle die Zahlung des Untermieters an den Vermieter eine Teilleistung darstellt, welche dieser gemäß § 266 BGB. ablehnen kann, ohne in Verzug der Annahme zu kommen.[2]) In jedem Falle wird aber der

---

[1]) Mittelstein S. 558 § 91 Nr. 3.

[2]) Dernburg, B. R. Bd. 2 § 48 Nr. 115; Crome, B. R. Bd. 2 § 154 S. 99; Planck, BGB. Bd. 2 Erl. 2 zu § 266; Cosack, B. R. Bd. 1 § 85 S. 316.

Untermieter durch eine vom Vermieter angenommene Zahlung nicht, wie im gemeinen Recht, direkt von seiner Schuld gegenüber dem Mieter befreit, sondern er erhält nach § 683 BGB., falls die Zahlung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Mieters entspricht, als Geschäftsführer ohne Auftrag einen Anspruch auf Ersatz des Gezahlten gegen den Mieter, den er gegen dessen Forderung auf Entrichtung des Untermietzinses aufrechnen kann.[1])

Fragen wir uns nach dem Grunde, weshalb dem Untermieter im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht die ihm durch das gemeine Recht gewährte, mit direkter befreiender Wirkung ausgestattete Zahlungsbefugnis gegeben ist, so gelangen wir damit zu der Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu der aus der l. 11 § 5 D. 13, 7 abgeleiteten zweiten Bestimmung. Das Pfandrecht, welches das gemeine Recht dem Vermieter an den Invekten und Illaten des Untermieters für seine Ansprüche gegen den Mieter gab und zu dessen Ablösung dem Untermieter die fragliche Zahlungsbefugnis allein zustand,[2]) ist in das System des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht aufgenommen. Dies kann angesichts des unzweideutigen Wortlauts des § 559 BGB., daß nur der Vermieter eines Grundstücks für seine Forderungen aus dem Mietvertrage ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters hat, nicht zweifelhaft sein.[3]) Schon der Entw. I hatte sich in § 521 BGB. im Anschluß an die herrschende Meinung über die Regelung im preußischen Recht[4]) gegen eine solche Haftung der Untermieterillaten entschieden, da „sie nur geeignet sei, ungerechtfertigte Härten und mißliche Verwicklungen hervorzurufen".[5]) Wenn dadurch der Vermieter mit seinen Forderungen aus dem Mietvertrage heute im Gegensatz zum

---

[1]) In der 1. Aufl. seines Werkes (1898) hat Oertmann, Schuldverhältnisse, in Erl. 3 zu § 556 BGB. den Untermieter für den Fall, daß der Mieter mit zwei aufeinanderfolgenden Zinsraten in Verzug gerät, aus § 268 BGB. für befugt erklärt, den Untermietzins an den Vermieter zu zahlen. In der 2. Aufl. gibt er jedoch zu, daß diese Bestimmung hier nicht anwendbar; vgl. auch Mittelstein 1. Aufl. S. 262 Nr. 3.

[2]) vgl. Baron, Pand. § 294 S. 606; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 § 342 Nr. 6 S. 430.

[3]) vgl. Mittelstein § 90 S. 450; Niendorff S. 223 § 34, 3a; Arnold S. 102; Dernburg, B. R. Bd. 2 § 221 Nr. 3 S. 200; Crome, B. R. Bd. 2 § 241 Nr. 1 S. 560; Fuld S. 108/09.

[4]) vgl. ALR. Teil I Titel 21 § 325 in Verbindung mit der Deklaration v. 21. 7. 1864. Hierzu Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 364 Anm. 2 S. 390; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 § 136 besonders Anm. 235 S. 210; s. auch Entsch. des Obertribunals Bd. 1 S. 160 ff.

[5]) vgl. S. 32 der Arbeit; Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 104, 105; Denkschr. S. 74.

gemeinen Recht nicht so sicher gestellt ist, so darf dabei nicht übersehen werden, daß dem Mieter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche nicht mehr die freie Befugnis zur Untervermietung zusteht, sondern er gemäß § 549 BGB. an die Erlaubnis des Vermieters hierzu gebunden ist. Damit ist jedenfalls dem Vermieter Gelegenheit geboten, sich rechtzeitig gegen eine die Sicherung seiner Ansprüche aus dem Mietvertrage gefährdende Gebrauchsüberlassung der Mietsache an einen Untermieter zu schützen.

Nach Scherer[1]) sind allerdings unter den eingebrachten Sachen des Mieters, welche vom gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters ergriffen werden, auch solche zu verstehen, von denen der Vermieter in gutem Glauben annimmt, daß sie dem Mieter gehören, obwohl sie in Wirklichkeit nur in seinem Gewahrsam stehen. Danach würde der Vermieter auch an den vom Untermieter eingebrachten Sachen ein Pfandrecht haben, wenn er nur gutgläubig ist, d. h. sich in dem Glauben befindet, daß sie in dem Eigentum des Mieters stehen. Dieser Ansicht liegt jedoch ein Mißverständnis des § 1257 BGB. zugrunde. Die Regeln über den gutgläubigen Erwerb von Rechten (§§ 932 ff., 1207 BGB.) gelten ausnahmslos nur für den rechtsgeschäftlichen, nicht auch für den gesetzlichen Erwerb. Eine analoge Erstreckung dieser singulären Bestimmungen auf letzteren ist aber durch den Wortlaut des § 1257 BGB. in keiner Weise gerechtfertigt. „Mit voller Deutlichkeit" besagt diese Bestimmung vielmehr, daß die für das vertragsmäßige Pfandrecht geltenden Vorschriften nur auf ein bereits entstandenes gesetzliches Pfandrecht Anwendung finden können, nicht aber hinsichtlich seiner Entstehung.[2])

Diese Beschränkung des Vermieterpfandrechts auf die eingebrachten Sachen des Mieters kann allerdings durch speziellen

---

[1]) In der DJZ. 1900 S. 202, 203, 318; vgl. auch das Erk. des LG. I Berlin v. 21. 7. 1901, im Recht 1901 Nr. 2013 S. 492, 493; ferner in der DJZ. 1901 S. 504.

[2]) Dernburg, B. R. Bd. 2, 2 § 229 Nr. 3d Anm. 9 S. 229; Endemann, B. R. Bd. 1 § 169 Anm. 68 S. 1066; Brückner S. 104 Anm. 1; Planck, BGB. Bd. 2 Erl. 2bγ zu § 559 BGB.; Oertmann, Schuldverh. Erl. 4a zu § 559 BGB.; ebenso Mittelstein § 78 Anm. 14 S. 374; Enneccerus-Lehmann, B. R. Bd. 1 § 264 II, 1 S. 572; Arnold S. 154; besonders auch Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters 1900 S. 31 ff.; die Mot. Bd. 2 S. 405 schließen die Ausdehnung der Regeln über den gutgläubigen Erwerb auf das Pfandrecht des Vermieters auch deswegen aus, weil sich hier das Pfandrecht nicht an einen rechtsgeschäftlichen Akt, sondern an einen rein tatsächlichen Vorgang anknüpft; vgl. auch die Entsch. d. RG. Bd. 60 Nr. 15, Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 (S. 80 (KG.) Bd. 4 S. 329.

Pfandvertrag zwischen Vermieter und Untermieter auf die Illaten des letzteren ausgedehnt werden. Da aber gemäß §§ 1205 ff. BGB. eine vertragsmäßige Verpfändung nur unter Besitzübertragung der zu verpfändenden Sachen wirksam ist, der Untermieter hingegen den Besitz seiner Illaten behält, so wird auch dieses Mittel einer Sicherung dem Vermieter versagt sein. Nur eine Abtretung des dem Mieter an den eingebrachten Sachen des Untermieters zustehenden Pfandrechts, die wegen der akzessorischen Natur desselben allerdings nicht ohne die gleichzeitige Abtretung der gesicherten Forderung des Mieters auf den Untermietzins erfolgen kann,[1]) wird dem Vermieter die gewünschte Sicherung bringen können.

II. Die dinglichen Herausgabeansprüche des Vermieters gegen den Untermieter.

§ 9.

Eine wesentlich gesichertere Stellung als im gemeinen Recht nimmt der Untermieter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zur Mietsache selbst ein. Da der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über dieselbe erworben wird (§ 854 BGB.), wird er, wenn der Mieter ihm den Gebrauch der Mietsache gewährt und er dadurch die Herrschaft über dieselbe erlangt, zum Besitzer.[2]) Allerdings ist er nicht alleiniger Besitzer der Sache, sondern sowohl der Mieter ist gemäß § 868 BGB. als auch der Vermieter gemäß § 871 BGB. mittelbarer Besitzer, „Auchbesitzer“,[3]) und zwar ist das Besitzverhältnis dieser drei Personen so aufzufassen, daß die tatsächliche Gewalt

---

[1]) vgl. Dernburg, B. R. Bd. 3 § 272 Nr. 2; Endemann, B. R. Bd. 2 § 134 Nr. 2 S. 898; Crome, B. R. Bd. 3 § 490, 1a S. 814 § 496, 1a S. 832; Cosack, B. R. Bd. 2 § 243 Nr. 1, 1 S. 288.

[2]) In der Regel werden Gebrauchsüberlassung und Übertragung des Besitzes zusammenfallen. Neumann Erl. 3 zu § 549 BGB. faßt den Begriff der Gebrauchsüberlassung jedoch zu eng, wenn er dieselbe nur bei Besitzübertragung für vorliegend erachtet; vgl. Endemann, B. R. § 167 Anm. 20 S. 1043 § 168 Anm. 5 S. 1049, der Fälle anführt, in denen dem Mieter bezw. Untermieter der Gebrauch der Sache ohne Besitz überlassen ist, z. B. bei der Miete einer Hauswand, eines Theatervorhangs, der Fenster von Personenwagen einer Pferdebahngesellschaft oder der Wände eines Eisenbahnwartesaals zur Anbringung von Geschäftsanzeigen; vgl. Mittelstein § 4 Nr. 3 Anm. 15 S. 9 und die daselbst zitierten Entscheidungen.

[3]) vgl. Biermann, Sachenrecht Erl. 5 zu § 868 BGB.; Bekker in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 42 ff.

des Vermieters durch diejenige des Mieters, und diese wiederum durch diejenige des Untermieters als unmittelbaren Besitzers „zurückgedrängt“ wird, so daß man mit Dernburg den Mieter als mittelbaren Besitzer ersten Grades, den Vermieter als mittelbaren Besitzer zweiten Grades bezeichnen kann.[1])

Hieraus ergeben sich die dinglichen Ansprüche, die dem Vermieter gegen den Untermieter auf Herausgabe der Mietsache zustehen. Ist er, wie es in der Regel der Fall sein wird, Eigentümer der Mietsache, so wird ihm durch § 985 BGB. (der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen) die Eigentumsklage gegen den Untermieter gegeben sein. Jedoch wird sie ihn nur mit folgenden Beschränkungen zum Ziele führen. Nach § 986 BGB. kann der Untermieter als unmittelbarer Besitzer der Mietsache die Herausgabe verweigern, wenn der Mieter, der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Vermieter als Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Nach dieser Vorschrift wird daher der Vermieter erst dann, wenn die Berechtigung des Mieters zum Besitze der Sache hinweggefallen ist, also nach Beendigung des Mietverhältnisses, die Mietsache mit der Eigentumsklage zurückerhalten können, während bei Bestehen des Mietverhältnisses dem Untermieter gegen die Klage auf Herausgabe der Einwand aus § 986 Satz 1 BGB. gegeben sein wird. Ist aber der Mieter dem Vermieter gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Untermieter nicht befugt, d. h. hat der Mieter ohne die nach § 549 BGB. erforderliche Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch der Sache dem Untermieter überlassen, so kann, wie § 986 Satz 2 BGB. vorschreibt, der Vermieter von diesem die Herausgabe an den Mieter oder, wenn dieser den Besitz nicht übernehmen will, an sich selbst verlangen. Im Gegensatz zu § 986 Satz 1 BGB., nach welchem der Untermieter erst nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache dem Vermieter herauszugeben gezwungen ist, muß er sie im Falle der an ihn unbefugterweise erfolgten Gebrauchsüberlassung sofort, noch während der Mietzeit dem Vermieter zurückerstatten.

Weniger günstig als durch das Eigentumsrecht ist der Vermieter durch seinen Besitz gestellt, wenn er die Herausgabe der Mietsache vom Untermieter erzwingen will. Wie oben gezeigt, ist der Untermieter unmittelbarer, der Vermieter mittelbarer Besitzer (zweiten Grades). Aus der grundsätzlichen Stellung des unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren, demzufolge dieser gegenüber jenem zurückstehen muß, ergeben sich auch die

[1]) vgl. Dernburg, B. R. Bd. 3 § 13 Nr. 3 S. 50.

possessorischen Beziehungen zwischen Vermieter und Untermieter.

Im Falle verbotener Eigenmacht steht dem Untermieter gemäß § 859 BGB. wie gegen Dritte, so auch gegen Mieter und Vermieter das Recht der Selbsthilfe (Selbstschutz) zur Verteidigung bestehenden Besitzes, wie zur Wiedererlangung entzogenen Besitzes, ferner die gerichtliche Hilfe in Gestalt der in § 861 BGB. gegebenen Besitzentziehungsklage und der Besitzstörungsklage gemäß § 862 BGB. zu. Bezüglich des dem Vermieter als mittelbarem Besitzer gewährten possessorischen Schutzes bestimmt § 869 BGB., daß, falls gegen den unmittelbaren Besitzer (hier den Untermieter) verbotene Eigenmacht verübt wird, auch dem mittelbaren Besitzer (hier dem Vermieter) die erwähnten Besitzklagen zustehen. Da aber andere Besitzschutzmittel gegen verbotene Eigenmacht als die in § 869 BGB. statuierten dem mittelbaren Besitzer nicht gegeben sind,[1]) so genießt der Vermieter ebensowenig den Selbstschutz des § 859 BGB. wie den bei der Besitzstörungs- und Besitzentziehungsklage gewährten gerichtlichen Schutz, wenn Dritte ihn allein in seinem Besitz stören. Insbesondere ist ihm keinerlei possessorischer Schutz gegen den Untermieter als unmittelbarem Besitzer eingeräumt. Allerdings wird u. a. von Bekker,[2]) Fischer,[3]) Gierke,[4]) Kuhlenbeck[5]) die Ansicht vertreten, daß diese Beschränkung des dem mittelbaren Besitzer zustehenden Besitzschutzes nicht gerechtfertigt und auch ihm als „wahren Besitzer“ die Klagen aus § 861, 862 BGB. unbeschränkt sowohl gegen Dritte als auch gegen den unmittelbaren Besitzer, der ihn in seinem mittelbaren Besitz störe, zuzusprechen seien, so daß also dann für unseren Fall der Vermieter auch gegen den Untermieter die Besitzklagen erhielte.

Jedoch entspricht allein die oben vertretene Ansicht von der Beschränkung des dem mittelbaren Besitzer gewährten possessorischen Schutzes der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung. Schon die Motive zum Entw. I BGB.,[6]) der bereits dieselbe Regelung wie das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner heutigen Gestalt aufwies, erklärten die Erstreckung des Besitzschutzes auf den mittelbaren Besitzer

---

[1]) Planck, BGB. Bd. 3 Erl. 3 zu § 869 BGB.; Biermann, Sachenrecht Erl. 1—3 zu § 869 BGB.

[2]) In Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 69.

[3]) Fischer-Henle Erl. zu § 869 BGB.

[4]) Die Bedeutung des Fahrnisbes. S. 7 Nr. 15.

[5]) Komm. z. BGB. Bd. 1 Erl. 1 zu § 869; ebenso auch Arnold S. 102.

[6]) Bd. 3 S. 127.

in nur beschränkter Weise für zulässig. Bei den Beratungen der 2. Kommission des Entw. I[1]) wurde ausdrücklich von der Mehrheit hervorgehoben, daß es nicht richtig sei, dem mittelbaren Besitzer selbständigen Besitzschutz zu gewähren, da die Zulassung konkurrierender Besitzklagen des vermittelnden und des mittelbaren Besitzers zu Verwirrungen führen würde. So spricht es denn auch die Denkschrift[2]) aus, daß der mittelbare Besitzer der Besitzansprüche im Verhältnis zu dem vermittelnden Besitzer nicht bedürfe, da gegen Übergriffe des letzteren die petitorischen Rechtsmittel oder die Ansprüche aus dem zwischen beiden vorliegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse genügenden Schutz böten. Dieser Entstehungsgeschichte entspricht auch der Wortlaut des Gesetzes. Denn aus den §§ 858—864 BGB. folgt, daß verbotene Eigenmacht als Voraussetzung des Besitzschutzes nur gegen den unmittelbaren Besitzer, sei es von dem mittelbaren Besitzer oder von einem Dritten, verübt werden kann. Da aber nur demjenigen Besitzer, gegen welchen verbotene Eigenmacht verübt wird, die in den §§ 859, 861, 862 statuierten Schutzmittel gewährt sind, so müssen sie dem Gesagten zufolge dem mittelbaren Besitzer versagt bleiben.[3])

Wir gelangen sonach zu dem Ergebnis, daß im Bürgerlichen Gesetzbuche ohne besondere positive Vorschrift der Vermieter nur dann die Herausgabe der Mietsache von dem Untermieter erzwingen könnte, wenn er auf Grund des Eigentums (oder eines anderen dinglichen Rechts) gegen jeden Inhaber einen Anspruch dieses Inhalts hätte.[4]) Andernfalls bliebe ihm nur die Möglichkeit, sich den Anspruch des Mieters gegen den Untermieter abtreten zu lassen, oder der „schleppende Weg“[5]) des § 886 ZPO., wonach er sich diesen Anspruch zur Einziehung überweisen lassen könnte. Aber auch dieses Mittel würde gerade dann versagen, wenn das Untermietverhältnis nach Beendigung des Mietverhältnisses noch fortbestände und der Mieter nach dem zwischen ihm und dem Untermieter bestehenden Vertrage noch nicht befugt wäre, von diesem die Herausgabe der Mietsache zu verlangen.

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 226.

[2]) S. 114.

[3]) Biermann, Sachenrecht Erl. 3 zu § 869; Staudinger Erl. 2 zu § 869; Dernburg, B. R. Bd. 3 § 23 Nr. 6 S. 76; Strohal, Sachbesitz S. 121; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 52ff.

[4]) Prot. Bd. 2 S. 190.

[5]) Nissen, Ein Beitrag zur Struktur der Ansprüche an den Dritten aus §§ 556 u. 604 BGB., in JurW. 1903 Bd. 31 S. 202ff.

Ein dringendes praktisches Bedürfnis gebot daher, einer für den Vermieter so mißlichen Situation vorzubeugen und „ihm nach Beendigung des Mietverhältnisses unter allen Umständen auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Untermieter auf Räumung bezw. Rückgabe der Mietsache zu geben".[1]) Diese Erwägungen führten zur Statuierung des § 556 Abs. 3 BGB., nach dessen Bestimmung der Vermieter, wenn der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen hat, die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern kann.

III. Der obligatorische Herausgabeanspruch aus § 556 Abs. 3 BGB.

§ 10.

1. Rechtliche Natur.

Zur Beantwortung der Frage nach der rechtlichen Natur dieses dem Vermieter in dem § 556 Abs. 3 BGB. gewährten Anspruchs auf Herausgabe der Mietsache gegen den Untermieter, die nach den Worten der Protokolle der Entscheidung durch die Wissenschaft überlassen bleiben sollte,[2]) sind die mannigfachsten Versuche gemacht worden. Wenn allerdings Dernburg[3]) ausführt, diese Klage des Vermieters sei wie eine Klage aus dem Mietvertrage zu behandeln, wurzele aber in Erwägungen der Zweckmäßigkeit, Crome[4]) von einem aus Billigkeit und sozialen Gründen gegen den Dritten erstreckten Anspruch aus dem Mietvertrage spricht, Fischer-Henle[5]) in Übereinstimmung mit Stammler[6]) die Klage aus § 556 Abs. 3 BGB. als eine actio utilis bezeichnet, so sind damit keine Konstruktionen, sondern lediglich „Deskriptionen"[7]) für den Anspruch gegeben, die selbst erklärungsbedürftig erscheinen und nicht befriedigen können.

Diejenigen Schriftsteller, die eine ausführliche wissenschaftliche Begründung des Anspruchs geben, teilen sich in zwei

---

[1]) Prot. a. a. O.
[2]) Prot. Bd. 2 S. 190.
[3]) B. R. Bd. 2, 2 § 221 Nr. 3 S. 201.
[4]) B. R. Bd. 2 § 237 Nr. 47 S. 552; ebenso Schollmeyer, Schuldverh. S. 66; Borchert S. 97.
[5]) Erl. Nr. 4 zu § 556 BGB.
[6]) Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten a. a. O. S. 135.
[7]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 3.

Gruppen, von denen die eine ihm ähnlichen Charakter beilegt, während die andere ihn aus dem Gebiete der Schuldverhältnisse herleitet.

Was zunächst die erstgenannten anlangt, so sieht Kober-Staudinger[1]) in dem Anspruch unter Hinweis auf die §§ 861, 862, 863 BGB. „eine Art von Besitzklage", indem er erwägt, daß zwischen Vermieter und Untermieter kein kontraktliches Verhältnis bestehe, daß die Untermiete einzig und allein in der Hauptmiete wurzele, also mit deren Beendigung dem Vermieter gegenüber keinerlei Berechtigung mehr habe und demnach der Untermieter, der gleichwohl noch die Mietsache fürderhin besitzen wolle, dem Vermieter widerrechtlich den Besitz gewissermaßen durch verbotene Eigenmacht entziehe. Im Grunde hiermit übereinstimmend ist es, wenn Fuld[2]) sagt, daß unter den gegebenen Voraussetzungen der Untermieter jedem Dritten gleichstehe, welcher sich einer Besitzstörung schuldig mache. Nur gründet er nicht wie Kober-Staudinger die Klage auf Besitzentziehung durch den Untermieter (§ 861 BGB.), sondern auf Besitzstörung (§ 862 BGB.).[3])

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß, wie oben des näheren ausgeführt, verbotene Eigenmacht unzweifelhaft nur gegen den unmittelbaren Besitzer, also den Untermieter, verübt werden kann, und daß der Vermieter eventuell wohl gegen Dritte, nicht aber gegen den unmittelbar besitzenden Untermieter Besitzschutz genießt. Auch würde der Rückgabeanspruch, falls er auf Entziehung oder Störung des Besitzes zurückzuführen wäre, gemäß § 864 BGB. mit dem Ablauf eines Jahres nach Verübung der verbotenen Eigenmacht erlöschen, während er doch in Wahrheit unbestritten der ordentlichen Verjährung unterliegt.[4])

Auch Hellwig[5]) legt der gesetzlichen Bestimmung des § 556 Abs. 3 BGB. dinglichen Charakter bei, sieht in ihr jedoch nicht einen possessorischen, sondern einen petitorischen Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter auf Herausgabe der Mietsache. Mit Rücksicht darauf, daß der Kläger mittelbarer Besitzer der Sache, und diese dem Beklagten von dem Besitzmittler des Klägers zum Gebrauche überlassen sei, bestimmt er

---

[1]) BGB. Bd. 3 Erl. 3, 3 zu § 556.

[2]) a. a. O. S. 109.

[3]) vgl. auch Friederici S. 45, welcher den Untermieter, der nach Ablauf der Mietzeit die Mietsache weiter behält, als eine Person auffaßt, welche unberechtigt in das Haus des Vermieters eingedrungen sei.

[4]) vgl. Oertmann, Schuldverh. Erl. 7 zu § 556; ebenso Planck, Staudinger a. a. O.

[5]) Verträge auf Leistung gegen Dritte S. 421 ff.

ihn als den dinglichen Eigentumsanspruch in der Hand des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe (§ 1006 Abs. 3 BGB.), als die „deutschrechtliche, trotz der romanistischen Verkleidung in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommene Mobiliarvindikation". Er bringt die Norm des § 556 Abs. 3 in Übereinstimmung mit der Vorschrift des § 986 Abs. 1 BGB. und erblickt in ihr nicht das positive Moment, daß der Herausgabeanspruch dem Vermieter auch gegen den Untermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses zustehen solle, sondern nur das negative, daß der Vermieter vor Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache vom Untermieter nicht zurückverlangen könne, da dieser, solange der Mieter auf Grund seines Vertrages dem Vermieter gegenüber zum Besitze berechtigt sei, die Einrede aus § 986 Abs. 1 BGB. geltend machen könne.

Gegen diese Auffassung spricht aber eine ganze Reihe erheblicher Gründe.

Daß Abs. 3 des § 556 BGB. keine überflüssige Wiederholung des § 986 Abs. 1 BGB. darstellt, wie es nach Hellwig der Fall wäre, und mit ihm durchaus nicht „im engsten Zusammenhange" steht, zeigt eine Gegenüberstellung beider Bestimmungen. Die Vorschrift des § 556 Abs. 3 umfaßt unzweifelhaft neben der Miete von beweglichen Sachen auch diejenige von unbeweglichen Sachen, von Grundstücken und diesen durch § 580 gleichgestellten Wohn- und anderen Räumen, während der von Hellwig herangezogene § 1006 nur zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache eine Eigentumsvermutung aufstellt. Legt man daher mit Hellwig unserem Anspruch petitorischen Charakter bei, so gelangt man zu dem sonderbaren Ergebnis, daß der Vermieter einer unbeweglichen Sache, welcher gemäß § 556 Abs. 3 die Rückgabe der Mietsache vom Untermieter fordern wollte, Eigentümer des Grundstücks und als solcher im Grundbuche eingetragen sein oder sein Eigentum auf andere Art beweisen müßte.[1]) Mißlänge ihm dieser Beweis oder wäre er nicht Eigentümer dieser Sache, so würde ihm die Klage aus § 556 Abs. 3 nicht zur Rückerlangung seiner Mietsache verhelfen, ihm somit gerade in denjenigen Fällen im Stich lassen, für welche sie nach den Protokollen[2]) eigens geschaffen ist. Des weiteren kann mit der Eigentumsklage der Vermieter, falls der Mieter unbefugterweise einem Untermieter die Sache überlassen hat, sofort, insbesondere noch während des Bestehens des Mietverhältnisses die Heraus-

[1]) vgl. Romeick, Die abgeleitete Schuld S. 15.
[2]) Bd. 2 S. 190.

gabe der Mietsache an den Mieter bezw. an sich selbst verlangen. Die Klage aus § 556 Abs. 3 ist dahingegen dem Vermieter erst nach Beendigung des zwischen ihm und dem Mieter bestehenden Rechtsverhältnisses gegeben. Eine der Vorschrift des § 986 Satz 2 BGB. analoge obligatorische Klage des Vermieters gegen den Untermieter dahingehend, daß dieser für den Fall einer an ihn erfolgten unbefugten Gebrauchsüberlassung noch während des Bestehens des Mietverhältnisses die Sache an den Mieter oder, wenn dieser den Besitz der Sache nicht übernehmen kann oder will, an ihn selbst herausgebe, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Für diesen Fall ist der Vermieter auf den Umweg des § 553 BGB. zu verweisen, auf Grund dessen er das Mietverhältnis durch fristlose Kündigung zu beendigen berechtigt ist.

Hätte unser Anspruch die von Hellwig behauptete dingliche Natur, so wäre es ferner gar nicht zu verstehen, weshalb er dem Vermieter nur gegen denjenigen Dritten, welchem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, zustände, und nicht gegen jeden Dritten, der, wie z. B. der Verwahrer oder der Pfandgläubiger, durch Einigung mit dem Mieter den unmittelbaren Besitz der Sache auch ohne Berechtigung zum Gebrauch erlangt hat.

Zu beachten ist auch, daß die Vindikation nach § 985 BGB. auf seiten des Beklagten Besitz zur notwendigen Voraussetzung hat, während kein Anhalt dafür besteht, daß die Klage aus § 556 Abs. 3 dadurch bedingt sei, daß der Untermieter sich noch im Besitze der Mietsache befinde. Wenn daher Prieß[1]) im Anschluß an Nissen[2]) als notwendige Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 556 Abs. 3 Besitz der Mietsache seitens des Untermieters betrachtet und den Zweck der Bestimmung darin erblickt, zu verhindern, daß der Untermieter dem rückforderungsberechtigten Vermieter bis zur Beendigung der Untermiete den Besitz vorenthalte, eine solche Vorenthaltung aber nur durch den Besitzer erfolgen könne, so sind diese Ausführungen durch den klaren Wortlaut des Gesetzes keineswegs gerechtfertigt. Denn schon die Fassung des Abs. 3, daß der Vermieter nämlich nach Beendigung des Mietverhältnisses die Sache auch von dem Dritten zurückfordern könne, deutet darauf hin, daß dieser Anspruch des Vermieters gegen den Dritten von gleicher Art sei wie der Anspruch gegen den Mieter auf Rückgabe der Sache. Demnach wird Nichtbesitz seitens des be-

[1]) Untermiete S. 58.
[2]) a. a. O. S. 203.

klagten Untermieters nicht notwendig zur Abweisung der Klage führen müssen, sondern für den Fall, daß der Untermieter den Besitz infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes eingebüßt hat, dieser dem Vermieter zum Schadensersatze verpflichtet sein.

Vielmehr sprechen, wie schon betont, die Stellung unserer Vorschrift im Schuld- statt im Sachenrechte, die „auf Gleichartigkeit der Struktur schließen lassende Gleichstellung und Verbindung des Anspruchs aus Abs. 3 mit dem zweifellos schuldrechtlichen aus Abs. 1“,[1]) nicht zum wenigsten schließlich die Kommissionsprotokolle,[2]) in denen ausdrücklich gesagt ist, daß mit der fraglichen Bestimmung etwas anderes geschaffen werden sollte als eine petitorische Klage, für ihre obligatorische Natur.

Die Anzahl der Schriftsteller, die den Anspruch in diesem Sinne konstruieren, ist nicht gering.

Wie bereits zum Teil früher erwähnt, will Dernburg[3]) ihn „wie eine Klage aus dem Mietvertrage“ behandelt wissen, ebenso erblicken Mittelstein,[4]) Crome,[5]) Endemann,[6]) Borcherdt,[7]) Schollmeyer[8]) in ihm einen gegen den Dritten erstreckten Anspruch aus dem Mietvertrage, Fischer-Henle und Stammler[9]) sprechen von einer actio utilis, Brückner[10]) von einer actio in rem scripta, während Planck,[11]) der früher derselben Ansicht huldigte, diese neuerdings widerrufen hat und zu dem Ergebnis gelangt, daß die bisherigen Versuche, den Rückgabeanspruch gegen den Dritten rechtlich zu konstruieren, überhaupt als mißlungen zu betrachten seien.

Diese Auffassungen leiden, wofern sie nicht wie die einer actio in rem scripta, welche doch gegen jeden dritten Besitzer der Sache gegeben ist, während unser Anspruch sich nur gegen denjenigen richtet, welchem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, direkt unzutreffend sind, doch sämtlich mehr oder weniger an dem gemeinsamen Fehler, daß sie außer einer bloßen Bezeichnung eigentlich nichts geben, insbesondere die Frage der Entstehung des Anspruchs und die Stellung des

---

[1]) Oertmann, Schuldverh. Erl. 3a zu § 556.
[2]) a. a. O.
[3]) a. a. O.
[4]) § 90 Nr. 4 S. 453.
[5]) a. a. O.
[6]) B. R. Bd. 1 § 169 Anm. 21 S. 1057.
[7]) a. a. O.
[8]) Schuldverh. S. 66.
[9]) a. a. O.
[10]) S. 101 Anm. 2.
[11]) BGB. Bd. 2 Nr. 3c zu § 556.

Untermieters als Anspruchsgegners der ihm gegen den Vermieter gegebenen Einwendungen ungeklärt lassen.

Ausführlicher spricht sich Oertmann[1]) über die rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs aus. Mit Recht lehnt er die Annahme ab, daß eine gesetzliche Zession des dem Mieter gegen den Untermieter zustehenden Anspruchs vorliege. Denn in diesem Fall dürfte der Vermieter gemäß §§ 404, 412 BGB. die Mietsache nicht früher von dem Untermieter zurückverlangen können, als bis das Untermietverhältnis beendigt wäre. Ferner aber würde dann nur der Vermieter, nicht auch der Mieter das Recht haben, von dem Untermieter die Sache zurückzufordern. Diesen Konsequenzen würde jedoch die Bestimmung des § 556 direkt entgegenstehen.

Ebensowenig möchte ich der von Oertmann[2]) selbst vertretenen Auffassung beipflichten, nach welcher „der Untermieter durch Abschluß seines Vertrages kraft gesetzlicher notwendiger Schuldübernahme in die Verpflichtung seines Vermieters aus § 556 zur demnächstigen Rückgabe der Mietsache ohne weiteres eintritt, nicht an Stelle des, aber neben dem ursprünglich Verpflichteten".

Wenn zur Normierung des § 419 BGB. (Übernahme eines Vermögens), mit dem zusammen Oertmann den § 556 Abs. 3 als Fall notwendiger kumulativer Schuldübernahme erwähnt, die legislative Erwägung führte,[3]) daß es bei der Übernahme eines Vermögens dem Willen der Parteien entspräche, den Übernehmer des Vermögens als „des Fonds, aus dem bestimmungsgemäß die Begleichung der dem Subjekte obliegenden Verbindlichkeiten zu erfolgen habe",[4]) auch für diese haftbar zu erklären, mangelte es bei der Statuierung des § 556 Abs. 3 an jeder Möglichkeit einer analogen Erwägung. Nicht nur fehlt, falls der Mieter die Sache einem Untermieter zum Gebrauche überläßt, jeder Anhalt dafür, daß es in der Absicht des letzteren liege, die Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe der Sache auch nur neben diesem zu übernehmen, sondern in vielen Fällen, wenn z. B. der Untermieter gar nicht Kenntnis davon hatte, daß es sich um eine von seinem Vermieter selbst nur gemietete Sache handle, wird diese

---

[1]) Schuldverh. Erl. 3a$\gamma\gamma\gamma$ zu § 556.

[2]) a. a. O.

[3]) Mot. z. Entw. eines BGB. Bd. 2 S. 151, 152.

[4]) Oertmann, Schuldverh. Erl. Nr. 1 zu § 419; vgl. auch Endemann, B. R. Bd. 1 § 153 Nr. 3 S. 893, besonders Anm. 37: „Die Schulden bilden eine untrennbare Einheit mit dem Vermögen"; vgl. Dernburg, B. R. Bd. 2, 1 § 158 Nr. 1 S. 407; Crome, B. R. Bd. 2 § 205 S. 463.

Absicht einer kumulativen Übernahme der Rückgabeverpflichtung bei dem Untermieter direkt ausgeschlossen sein.

Ferner aber läßt die Oertmannsche Konstruktion jede nähere Angabe darüber, in welchem Umfange der Untermieter in die Rückgabeverpflichtung des Mieters sukzediere, vermissen.[1]) Denn mit der Verpflichtung zur Rückgabe ist untrennbar die Obhutspflicht verbunden, kraft deren der Mieter jede schuldhafte Veränderung und Verschlechterung der Sache, die durch einen über die vertragsmäßigen Grenzen hinausgehenden Gebrauch entstanden sind, zu vertreten hat.[2]) Demzufolge müßte nach Oertmann der Untermieter nicht nur für eigenes Verschulden bei dem Gebrauch der Sache vom Abschluß des Vertrages ab gegenüber dem Vermieter aufkommen, sondern auch für jede durch den Mieter erfolgte schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten den Schadensersatzansprüchen des Vermieters ausgesetzt sein. Mit Recht sagt aber Rappaport,[3]) daß diese Ansicht Oertmanns vom Standpunkte der Parteiintention eine bloße Fiktion, vom Standpunkt der Gesetzesintention nicht gerechtfertigt sein und über das praktische Bedürfnis hinaus den Untermieter mit einer Haftung für das Verhalten des Mieters belasten würde.

Ich möchte mich vielmehr in der Hauptsache der Anschauung Romeicks[4]) anschließen, welcher den Anspruch aus § 556 Abs. 3 als eine aus dem Mietvertrage abgeleitete Schuld, „eine eigene ursprüngliche Verpflichtung des Dritten“ auffaßt, „die vom Gesetze zu dem Zwecke statuiert sei, um den Rückforderungsanspruch des Vermieters zur Durchführung zu bringen“. Indem hier Romeick sich zur Erklärung seiner Auffassung der Ähnlichkeit unseres Anspruchs mit der actio quod metus causa gegen denjenigen cui ex hac re lucrum sensit bedient, führt er des näheren m. E. zutreffend aus, daß sich neben den obligatorischen Rückforderungsanspruch des Vermieters gegen den Mieter die durch diesen an den Dritten, den Untermieter, erfolgte Gebrauchsüberlassung als „völlig neutrale Tatsache lagere“, und daß aus dieser „Lagerung der Sache“ das Gesetz einen unmittelbaren, direkten Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter folgere, um einen bestimmten Rechtszweck, die Rückgabe der Sache an den Vermieter, absolut zu erreichen. So werde nicht etwa die obligatorische Beziehung zwischen

---

[1]) vgl. Romeick a. a. O. S. 24ff.
[2]) vgl. Planck, BGB. Bd. 2 Erl. 6c zu § 535.
[3]) Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis S. 220.
[4]) a. a. O. S. 27ff.

Vermieter und Mieter auf den Untermieter übertragen, sondern stelle nur ein Tatbestandsmerkmal für das zwischen Vermieter und Untermieter bestehende eigene und ursprünglich geknüpfte Rechtsband dar.

Es liegt somit nach Romeick eine eigene Verpflichtung des Untermieters zur Rückgabe der Mietsache vor, und zwar allein hierzu. Darüber hinausgehende Verbindlichkeiten, z. B. Haftung für Veränderungen und Verschlechterungen der Sache, die durch vertragswidrigen Gebrauch seitens des Mieters entstanden sind, oder Einstehen für den Fall, daß durch Verschulden des Mieters die Rückgabe unmöglich oder nicht vertragsmäßig erfolgen könne, fallen ihm nicht zur Last, da sie nicht seine selbständige Rückgabeverpflichtung berühren.

In Übereinstimmung mit Oertmann knüpft jedoch Romeick den direkten Anspruch des Vermieters gegen den Untermieter an die durch den Mieter an diesen erfolgte Gebrauchsüberlassung, läßt ihn durch das Moment dieser „neutralen Tatsache" existent werden, wohingegen die Beendigung des Mietverhältnisses nach seiner Ansicht lediglich eine Fälligkeitsvoraussetzung, d. h. den Zeitpunkt darstellt, in welchem der bereits vorhandene Rückgabeanspruch geltend gemacht werden kann. Daher habe, so wird des weiteren von ihm ausgeführt, der Untermieter von der Gebrauchsüberlassung an Sorge zu tragen, um seine bereits zur Entstehung gelangte, durch Beendigung des Mietverhältnisses fällig werdende Verpflichtung zur Rückgabe erfüllen zu können, und müsse, wenn er von diesem Zeitpunkt ab Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache oder die Unmöglichkeit ihrer vertragsmäßigen Rückgabe verschulde, dem Vermieter gegenüber dafür einstehen.

So weit möchte ich jedoch den im allgemeinen zutreffenden Ausführungen Romeicks nicht folgen. Denn m. E. gibt die Vorschrift des § 556 Abs. 3 BGB. keine Handhabe, dem Untermieter bereits von der Gebrauchsüberlassung an in Ansehung der Mietsache eine Haftpflicht aufzuerlegen. Aus der schon früher behandelten Entstehungsgeschichte des Anspruchs geht zur Genüge hervor, daß er lediglich dem dringenden Bedürfnis abhelfen sollte, dem Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses unter allen Umständen einen direkten Anspruch gegen den Untermieter auf Rückgabe der Sache zu gewähren.[1]) Unsere Vorschrift besagt allein, daß der Vermieter nach Beendigung der Mietzeit die Sache auch vom Untermieter zurückverlangen könne. Wäre es aber Absicht des Gesetzgebers ge-

[1]) Prot. Bd. 2 S. 190.

wesen, letzteren schon von der Gebrauchsüberlassung ab für vertragswidrigen Gebrauch und Unmöglichkeit der Rückgabe gegenüber dem Vermieter haften zu lassen, so hätte er bei „dem Ausnahmecharakter des Instituts“ [1]) allen Anlaß gehabt, dies zum Ausdruck zu bringen. Gemäß § 549 Abs. 2 BGB. hat aber nur der Mieter ein dem Untermieter bei dem Gebrauch der Sache zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, während von einer Haftung des Untermieters im Umfange der Romeickschen Ansicht im Gesetze nichts zu finden ist.

Vielmehr halte ich es aus den erwähnten Gründen mit dem Wortlaut der fraglichen Gesetzesbestimmung für allein vereinbar, den Rechtsgrund für die Rückgabeverpflichtung des Untermieters erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses als vollendet anzusehen, seine Entstehung erst in diesen Zeitpunkt fallen zu lassen und neben die Gebrauchsüberlassung als ein ferneres Tatbestandsmerkmal des Anspruchs die Beendigung des Mietverhältnisses zu setzen.[2])

2. Tatbestand und Umfang des Anspruchs.

§ 11.

Nach dem Dargelegten ergeben sich folgende Voraussetzungen der Entstehung des fraglichen Rückforderungsrechts:

In erster Reihe muß zwischen demjenigen, welcher den Anspruch geltend macht, und dem, welcher die Sache dem Dritten zum Gebrauche überlassen hat, ein Mietverhältnis bestanden haben, da der Anspruch als aus dieser primären Obligation abgeleitet zu denken ist.

Eine fernere Voraussetzung bildet die an den Untermieter erfolgte Gebrauchsüberlassung der Mietsache. Nicht notwendig ist es jedoch, daß der Untermieter die Sache unmittelbar von dem Mieter erhalten hat, sondern der Anspruch ist auch gegen denjenigen Untermieter gegeben, dem die Sache ebenfalls von einem Untermieter oder einem weiteren Nachfolger im Gebrauch der Sache überlassen war. Zutreffend sagt Nissen,[3]) daß auf diese Weise der Kreis der aus § 556 Abs. 3 Verpflichteten durch jede weitere Gebrauchsüberlassung eine jedesmalige Erweiterung

---

[1]) Nissen a. a. O. S. 203.

[2]) vgl. die zutreffenden Ausführungen Nissens a. a. O.; ebenso auch Planck, BGB. Bd. 2 Erl. 3 Nr. 3b zu § 556; desgleichen Prieß S. 55.

[3]) a. a. O. S. 203.

erfährt. Diese Folgerung entspricht dem praktischen Zweck unserer Bestimmung und auch der Vorschrift des § 533 BGB., der ausdrücklich den Fall erwähnt, daß derjenige, welchem der Mieter den Gebrauch der Sache überlassen hat, einem Dritten den diesem unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt. Allerdings ist hierbei nicht zu vergessen, daß diese Reihenfolge von Gebrauchsüberlassungen nicht durch eine Überlassung der Sache zu anderen Zwecken als zum Gebrauche, z. B. zur Pfandsicherung, Verwahrung, unterbrochen wird, daß nämlich der Anspruch nur gegen denjenigen gegeben ist, der die Sache allein und ausnahmslos durch solche Rechtshandlungen seiner Vormänner erlangt hat, die eine Gebrauchsüberlassung darstellen.[1])

Schließlich setzt der Anspruch aus § 556 Abs. 3 BGB. die Beendigung des Mietverhältnisses voraus. Ohne Belang ist die Art und Weise der Beendigung, sei es, daß diese durch Ablauf der Zeit, für welche das Rechtsverhältnis eingegangen war, oder durch Kündigung des Vermieters wegen Nichtzahlung des Mietzinses, wegen vertragswidrigen Gebrauchs des Mieters, insbesondere unbefugter Gebrauchsüberlassung oder durch Parteiabkommen zwischen Vermieter und Mieter herbeigeführt wird.[2])

Die erst mit diesem Zeitpunkt zur Entstehung gelangende Rückgabeverpflichtung des Untermieters bemißt sich ihrer Natur als abgeleiteter Schuld folgend nach dem Vertragsrechte des Berechtigten, also nach Mietrecht.[3]) Demgemäß wird von jetzt ab und nicht schon mit der Gebrauchsüberlassung der Untermieter jedes ihm in Ansehung der Mietsache zur Last fallende Verschulden zu vertreten, für jede durch sein Verschulden hervorgerufene Beschädigung oder Unmöglichkeit der Rückgabe dem Vermieter gegenüber einzustehen haben. Kommt er mit der Rückgabe der Sache in Verzug, so kann der Vermieter von ihm Schadensersatz verlangen, und zwar kann gemäß § 557 als Schaden mindestens der Mietzins verlangt werden, der bei Fort-

---

[1]) vgl. auch das von Nissen a. a. O. angeführte Beispiel: A hat an B vermietet, B an C, C an D. D hat die Mietsache dem E käuflich übergeben, wobei jedoch E mala fide war und daher Eigentum nicht erworben hat. E hat darauf den Gebrauch der Sache dem F überlassen. Eine Klage des A gegen F auf Herausgabe ist nicht gegeben, da die Kette durch die von D an E auf Grund des Kaufvertrages erfolgte Überlassung der Sache durchbrochen ist.

[2]) vgl. Planck, BGB. Bd. 2 Erl. 3 zu § 556.

[3]) vgl. Romeick S. 31; ebenso die Denkschr. S. 71: Der Vermieter hat aus seinem Vertrage einen unmittelbaren Anspruch auf Rückgabe der Sache gegen den Untermieter ...

dauer des Mietverhältnisses auf die betreffende Zeit entfallen wäre.[1])

Das Recht des Vermieters auf Rückgabe der Sache durch den Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses gemäß § 556 Abs. 1 greift diesem gegenüber nicht immer unbedingt durch, sondern ihm steht nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmung des § 273 BGB. wegen seiner fälligen Gegenansprüche gegen den Vermieter in beschränktem Maße ein Zurückbehaltungsrecht an der Mietsache zu. Ist nun dieses Recht auch dem Untermieter gegen den Anspruch des Vermieters aus § 556 Abs. 3 gewährt und zutreffendenfalls in welchem Umfange? Die Beantwortung dieser Frage dürfte insofern von Bedeutung sein, als der Untermieter ein selbständig verfolgbares Forderungsrecht wegen seiner Verwendungen an den Vermieter mangels einer obligatorischen Beziehung zu demselben nicht hat. Es ist daher unrichtig, wenn Chary[2]) ohne Rücksicht auf das Zurückbehaltungsrecht von einer Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze der Verwendungen gegenüber dem Untermieter spricht.

Da gemäß § 556 Abs. 2 in Verb. mit § 580 BGB. dem Mieter eines Grundstücks, sowie von Wohn- und anderen Räumen wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben ist, so kann für diesen Fall ein solches Recht auch keinesfalls dem Untermieter zustehen.

Hinsichtlich beweglicher Sachen wird das Zurückbehaltungsrecht des Mieters in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Vorschrift durch die allgemeine Bestimmung des § 273 BGB. geregelt.

Aus dem Abs. 1 dieser Vorschrift ist ein Zurückbehaltungsrecht für den Untermieter nicht abzuleiten, da zwischen ihm und dem Vermieter ein rechtliches Verhältnis, aus welchem er einen fälligen Anspruch gegen diesen haben könnte, nicht besteht. Es wird daher nur der Abs. 2 des § 273 BGB. in Betracht kommen können[3]) und der Untermieter nur dann ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen können, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf die Mietsache zusteht.

---

[1]) A. M. Romeick a. a. O., welcher die Anwendung des § 557 im Falle der Untermiete ablehnt, da die Entschädigungstaxe nach dieser Vorschrift nur den Mieter als solchen betreffe; vgl. dagegen die Ausführungen Nissens S. 203.

[2]) Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter nach dem BGB. S. 33.

[3]) vgl. Abs. 2 des § 273 BGB.: Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht (Zurückbehaltungsrecht), wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand . . . zusteht.

Was zunächst die Verwendungen betrifft, welche der Untermieter selbst auf die Sache gemacht hat, so ist hier zu bemerken:

Die Ersatzpflicht des Vermieters hinsichtlich der im allgemeinen auf die Mietsache gemachten Verwendungen wird durch die Vorschrift des § 547 BGB. geregelt, daß nämlich der Vermieter verpflichtet sei, dem Mieter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen. Auf diese Bestimmung aber kann sich ein fälliger Anspruch des Untermieters wegen seiner Verwendungen nicht gründen, da sie sich unzweifelhaft allein auf das zwischen Vermieter und Mieter bestehende Mietverhältnis bezieht. Vielmehr wird sich ein solcher Anspruch des Untermieters nur aus den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben können. Danach wird dem Untermieter, dem eine bewegliche Sache weitervermietet ist, diese wegen seiner auf sie gemachten Verwendungen dann retinieren können, wenn deren Vornahme dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Vermieters entspricht (§ 683 Satz 1 BGB.), wenn der Vermieter sie ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt (§ 684 Satz 2 BGB.), oder wenn sie zur rechtzeitigen im öffentlichen Interesse liegenden Erfüllung einer Pflicht des Vermieters geboten war (§ 679 BGB.).[1])

Wegen Verwendungen, die der Mieter auf die Sache gemacht hat, steht dem Untermieter ein Ersatzanspruch und daher ein Zurückbehaltungsrecht keinesfalls zu, es sei denn, daß der Mieter den ihm gemäß § 547 BGB. zustehenden Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen gegen den Vermieter dem Untermieter abgetreten hat.

Wenn Oertmann[2]) das Gegenteil annimmt mit der Begründung, daß nach dem Abs. 3 des § 556 der Vermieter die Sache „auch“ von dem Dritten zurückverlangen könne, „also doch nicht unter für ihn günstigeren Bedingungen, als wenn er gegen den Mieter selbst klage“, so ist mit Romeick daran zu erinnern, daß durch die willkürliche „Premierung“ des Wortes „auch“ der Rückforderungsanspruch gegen den Untermieter doch nicht mit demjenigen gegen den Mieter identifiziert sei. Hätte dies aber ausgedrückt werden sollen, so seien dafür andere unzweideutige Formeln zur Hand gewesen.[3])

---

[1]) Ebenso Mittelstein § 90 Nr. 5 S. 455.

[2]) Schuldverh. Erl. 3b zu § 556.

[3]) Romeick S. 31, 32; vgl. im übrigen seine und Nissens Ansicht (S. 204), die hinsichtlich der vom Mieter gemachten Verwendungen mit der unserigen übereinstimmt, hinsichtlich der vom Untermieter gemachten Ver-

In prozessualer Hinsicht kommt die Auffassung des Gesetzgebers von der rechtlichen Natur des Anspruchs, nach welcher der Vermieter aus seinem Vertrage heraus die Rückgabe der Mietsache vom Untermieter verlangen könne,[1]) sonach der Mietvertrag die rechtliche Grundlage des Anspruchs bildet, dadurch zum gesetzlichen Ausdruck, daß die Klage aus § 556 Abs. 3 wie eine Klage aus dem Mietvertrage behandelt wird und als solche gewisse prozessuale Sonderheiten zeigt.

So ist gemäß § 23 Ziff. 2 GVG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes für Streitigkeiten zwischen dem Vermieter und dem Untermieter von Wohn- oder anderen Räumen wegen Räumung sowie wegen Zurückhaltung der von dem Untermieter in die Mietsräume eingebrachten Sachen die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet; auch gehören diese Streitigkeiten nach § 202 GVG. zu den Feriensachen. Ebenso kann der Vermieter schon vor Beendigung des Mietverhältnisses im Rahmen des § 257 ZPO. gegen den Untermieter die Klage auf künftige Räumung erheben. Schließlich sind die diese Streitigkeiten betreffenden Urteile nach § 709 ZPO. auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, und auch die Vorschrift des § 721 ZPO. in Verb. mit Art. 93 EG. z. BGB., nach denen, falls auf Räumung erkannt wird, auf Antrag dem Schuldner eine den Umständen angemessene Frist zur Räumung gewährt werden kann, findet hier Anwendung.[2])

Die Ausdehnung dieser über die Mietstreitigkeiten erlassenen Sondervorschriften auf die Klage aus § 556 Abs. 3 rechtfertigt sich nach den Protokollen[3]) aus der Erwägung, daß „für derartige Prozesse des Vermieters gegen den Untermieter nicht minder das Bedürfnis schleuniger Erledigung bestehe wie bei anderen Mietstreitigkeiten".

III. Wirkung und Vollstreckbarkeit des gegen den Mieter ergangenen Räumungsurteils gegen den Untermieter.

§ 12.

Bei der Beratung der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuche war der Antrag

---

wendungen jedoch dem ihretwegen letzterem gewährten Ersatzanspruch andere Voraussetzungen zugrunde legt. A. A. Mittelstein S. 454; Crome, B. R. Bd. 2 § 237 Nr. 46.

[1]) Denkschr. a. a. O.

[2]) vgl. Oertmann, Schuldverh. Erl. 4 zu § 556; Planck, BGB. Bd. 2 Erl. e zu § 556; Staudinger, BGB. Bd. 2 Erl. 3, 6 zu § 556.

[3]) Prot. Bd. 2 S. 193.

gestellt worden, den § 520 des Entwurfs dahin abzuändern, daß, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zurückgabe der Sache verurteilt sei, das Urteil auch für und gegen den Untermieter wirken solle, und dementsprechend fernerhin durch besondere Vorschrift zu bestimmen, daß die vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils, durch welches der Mieter zur Zurückgabe der Mietsache an den Vermieter verurteilt sei, diesem auch gegen den Untermieter erteilt werden könne. Dieser Antrag wurde hauptsächlich damit begründet, daß namentlich in größeren Städten der glatte Verlauf des Wohnungswechsels geradezu ein öffentliches Interesse sei, daß es sich aber mit diesem nicht vereinbaren lasse, wenn nach rechtskräftiger Feststellung der Beendigung des Mietverhältnisses der Untermieter, vielleicht aus bloßer Schikane, noch die Mietwohnung so lange innehaben könne, bis der Vermieter in einem neuen Rechtsstreit auch gegen ihn ein rechtskräftiges Urteil erstritten habe.[1])

Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, und zwar unter Berücksichtigung des auf der Verhandlungsmaxime aufgebauten Prozeßverfahrens, da es die Gerechtigkeit erfordere, daß dem ergehenden Urteil gegen Dritte, welche auf den Ausgang des Prozesses ohne Einfluß seien, keine Rechtskraft beigelegt werde. Biete doch das Verfahren keine Gewähr für die materielle Richtigkeit der Feststellung des Urteils. Was die Bedürfnisfrage anlange, so könne der Vermieter regelmäßig ermitteln, ob Untermieter die Mietsache innehätten, und dann diese zugleich mit dem Mieter verklagen.

Da damit eine besondere gesetzliche Bestimmung des beantragten Inhalts in das Bürgerliche Gesetzbuch bezw. die Zivilprozeßordnung nicht Aufnahme gefunden hat, so werden wir vor die spezielle Frage gestellt, ob die Vollstreckbarkeit eines Räumungsurteils, das gegen den Mieter erwirkt ist, gegen den Untermieter wenigstens dann gegeben ist, wenn die Gebrauchsüberlassung an ihn erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist.

In dieser Hinsicht bestimmt § 325 ZPO.:

> „Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und die Personen, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist".

[1]) Prot. Bd. 2 S. 190ff.

Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf vorliegenden Fall wird somit davon abhängen, daß entweder der Untermieter Rechtsnachfolger des Mieters ist oder die Mietsache, an welcher er unmittelbaren Besitz, die Prozeßpartien, Vermieter und Mieter, aber mittelbaren Besitz haben, als eine „in Streit befangene" zu betrachten ist.

Bezüglich der Frage der Rechtsnachfolge im Sinne des § 325 ZPO. ist hier an die an früherer Stelle näher dargelegte Ansicht über die rechtliche Struktur des dem Vermieter nach § 556 Abs. 3 gegen den Untermieter zustehenden Herausgabeanspruchs zu erinnern, die den Begriff einer Sukzession, einer Nachfolge des Untermieters in Rechte oder Pflichten des Mieters hinsichtlich der Rückgabe der Sache an den Vermieter gänzlich ausschaltet.[1]) Legt man diesem Anspruch, wie es oben geschehen ist, eine eigene ursprüngliche Verpflichtung des Untermieters zur Herausgabe der Sache zugrunde, so verbietet sich damit die Auffassung des Untermieters als eines Rechtsnachfolgers des Mieters von selbst.[2])

Was die zweite Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 325 ZPO. anlangt, so gilt als „in Streit befangen" nur diejenige individuell bestimmte körperliche Sache, an welcher dasjenige Recht besteht, welches den unmittelbaren Gegenstand der erhobenen Klage bildet.[3]) Als solche Rechte sind aber nur die dinglichen Rechte, Eigentum, Besitz und dingliche Belastungen, wie Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, nicht dagegen Ansprüche auf Herausgabe auf Grund eines Schuldverhältnisses anzusehen. Erhebt daher der Vermieter auf Grund seines Eigentums gemäß § 985 BGB. Klage auf Rückgabe der Mietsache gegen den Mieter, so wird zweifellos diese Voraussetzung erfüllt und ein in diesem Rechtsstreit ergangenes Räumungsurteil auch gegen den Untermieter wirksam und vollstreckbar sein.[4]) Verlangt der Vermieter jedoch mit seiner aus § 556

---

[1]) Romeick a. a. O. S. 28.

[2]) Bei Annahme der Oertmannschen Auffassung des Anspruchs wird man folgerichtig den Untermieter als Rechtsnachfolger des Mieters erblicken müssen. So richtig Hellwig a. a. O. S. 320.

[3]) vgl. Gaupp-Stein, ZPO. Erl. 3a; Petersen-Anger, ZPO. Erl. 3 und Struckmann-Koch, ZPO. Erl. 2 zu § 265 nebst der daselbst angeführten Literatur.

[4]) Sofern das Besitzverhältnis daher offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann, kann dem Vermieter eine vollstreckbare Ausfertigung dieses Urteils nach § 727 ZPO. erteilt werden. Kann dieser Nachweis dagegen nicht geführt werden, so ist der Vermieter gezwungen, bei dem Prozeßgericht erster Instanz aus dem Urteil auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben (§ 731 ZPO.); vgl. auch hierzu Seuffert, ZPO. Nr. 7 zu § 727.

sich ergebenden Vertragsklage Rückgabe der Sache, handelt es sich demnach um Geltendmachung eines rein obligatorischen Anspruchs, so wird man nach dem Ausgeführten der Mietsache die Eigenschaft einer in Streit befangenen nicht beilegen können.

Da somit der § 325 ZPO. auf das Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter keine Anwendung findet, so wird auch für den Fall, daß die Gebrauchsüberlassung an den Untermieter erst erfolgt ist, nachdem die Klage auf Rückgabe gegen den Mieter rechtshängig geworden ist, das gegen den Mieter ergangene Räumungsurteil gegen den Untermieter nicht wirksam und vollstreckbar sein.[1]) Der Vermieter wird daher, um zur Wiedererlangung seiner Mietsache zu gelangen, genötigt sein, gegen den Untermieter eine neue Klage auf Herausgabe zu erheben, die sich allerdings mit genügender Beschleunigung durchführen lassen wird.[2])

---

[1]) Ebenso Planck, B. R. Bd. 2 Erl. d zu § 556; Schollmeyer, Schuldverh. S. 67; a. A. dagegen Oertmann, Schuldverh. Erl. 5; Staudinger, BGB. Bd. 2 Erl. 3, 7 zu § 556; Crome, B. R. Bd. 2 § 237 Anm. 47; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 177 u. 245; Mittelstein § 69 Nr. 2; Niendorff § 34, 3c S. 236; Brückner § 26, 2 S. 103.

[2]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 193.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.